

  
**IFEL**

Fondazione ANCI



# **Il D.L. 76/2020 “Semplificazioni” dopo la conversione con Legge 120/2020**

Indicazioni operative  
per l'applicazione

**Vademecum**

**Fondazione IFEL**

*Osservatorio Investimenti*

Direzione e coordinamento scientifico: *Angelo Rughetti e Tommaso Dal Bosco*

Cura: *Claudio Lucidi e Federico Sartori*

Si ringraziano gli autori dei contributi presenti in questo volume:

*Antonio Bertelli* (Capitolo 1 e Capitolo 2), *Alberto Barbiero* (parte del Capitolo 3 e 5),

*Gianpiero Fortunato* (Capitolo 4 e paragrafo 7.10),

*Maria Teresa Massi* (parte del Capitolo 3, Capitolo 6 e paragrafi 7.3, 7.6, 7.7),

*Gelsomina Iannaccone* (paragrafi 7.1 e 7.5), *Claudio Lucidi* (paragrafi 3.4, 7.4, 7.8, 7.9 e 7.10),

*Luciana Mellano* (paragrafi 7.2 e 7.5), *Luciano Gallo* (Capitolo 8).

Pubblicato nel settembre 2020

## Sommario

Premessa .....	5
<b>CAPITOLO 1. Obiettivi del legislatore con la normativa di semplificazione e principali caratterizzazioni</b> .....	<b>6</b>
1.1. Gli obiettivi del legislatore.....	6
1.2. Le deroghe .....	8
1.3. Le motivazioni “ex lege” a giustificazione dell’adozione di procedure d’urgenza o semplificate.....	9
1.4. La nuova disciplina della responsabilità amministrativa.....	11
<b>CAPITOLO 2. Problematiche applicative delle norme derogatorie e delle norme derogate</b> .....	<b>14</b>
2.1. Il periodo di applicazione delle deroghe .....	14
2.2. L’utilizzo delle procedure ordinarie nel sottosoglia .....	15
2.3. La soglia per gli affidamenti diretti di beni e servizi .....	17
2.4. L’applicazione del principio di rotazione in osservanza del criterio della differente dislocazione territoriale .....	18
2.5. Le deroghe relative ai servizi tecnici per l’ingegneria e l’architettura nel nuovo regime sottosoglia .....	20
<b>CAPITOLO 3. Gli affidamenti sottosoglia</b> .....	<b>23</b>
3.1. Quadro generale sulle procedure derogatorie per gli affidamenti sottosoglia.....	23
3.2. L’affidamento diretto “puro”.....	30
3.3. Le procedure negoziate con confronto comparativo .....	32
3.4. Gli elenchi degli Operatori Economici: criteri e indirizzi per la formazione .....	36
3.5. La clausola sociale nel sottosoglia.....	39
<b>CAPITOLO 4. Gli affidamenti soprasoglia</b> .....	<b>40</b>
4.1. Oggetto e finalità della norma .....	40
4.2. Procedure di affidamento .....	40
4.3. Procedure speciali per appalti strategici.....	41
4.4. Responsabilità del Rup e trasparenza .....	42
<b>CAPITOLO 5. Elementi di deroga per le procedure negoziate e per le procedure che hanno oggetto appalti in particolari settori</b> .....	<b>44</b>
5.1. Le deroghe nelle procedure soprasoglia.....	44
5.2. Spazi procedurali nei quali possono intervenire le deroghe .....	44
5.3. Procedure derogate e RTI.....	47

<b>CAPITOLO 6. Le nuove disposizioni in materia di normativa antimafia</b> .....	49
6.1. Finalità dell'intervento .....	49
6.2. La documentazione antimafia attuale.....	49
6.3. Le novità nelle verifiche per erogazione di fondi o altre agevolazioni .....	50
6.4. l'informativa liberatoria per i contratti pubblici.....	50
6.5. Protocolli di legalità ed esclusioni .....	50
6.6. Equipollenza tra iscrizione negli elenchi e rilascio dell'informativa antimafia .....	51
<b>CAPITOLO 7. Le disposizioni transitorie incidenti sulle procedure di affidamento e sull'esecuzione dei contratti - le novità relative alle procedure in corso di esecuzione e in corso di indizione</b> .....	54
7.1. La consegna in via d'urgenza .....	54
7.2. L'obbligo di sopralluogo .....	55
7.3. La riduzione dei termini delle procedure di gara.....	56
7.4. Le novità in materia di programmazione .....	59
7.5. Le novità in materia di esecuzione dei contratti di appalto.....	62
7.6. Le novità in materia di cause di esclusione degli operatori economici.....	71
7.7. Le verifiche di regolarità contributiva .....	72
7.8. La sospensione temporanea di alcune norme del codice dei contratti pubblici .....	73
7.9. Le novità in materia di beni culturali.....	75
7.10. Novità relative al PPP: commento a novità in art. 183, comma 15 .....	77
<b>CAPITOLO 8. Il coordinamento fra il codice dei contratti pubblici ed il codice del Terzo settore. L'incidenza sull'affidamento dei servizi sociali</b> .....	81
8.1. Il coordinamento fra il codice dei contratti pubblici ed il codice del Terzo settore: le ragioni dell'intervento del Legislatore .....	81
8.2. Le modifiche al codice dei contratti pubblici: il rinvio al codice del Terzo settore .....	82
8.3. L'affidamento dei servizi sociali dopo il decreto semplificazioni .....	84

**AVVERTENZA - Questo documento segue un primo Dossier pubblicato da IFEL riguardante il D.L. 76/2020 “Semplificazioni”. A seguito della sua conversione in legge, la Fondazione IFEL ha provveduto ad integrare ed ampliare il Dossier. Le parti di testo riportate in grassetto si riferiscono alle integrazioni apportate in fase di conversione in legge.**

## Premessa

Il complesso quadro attuale, aggravato dalla pandemia di COVID-19, sottolinea in maniera ancor più marcata la necessità di investimenti in una molteplicità di settori in tutto il paese e l'importanza rivestita dagli investimenti pubblici. Gli investimenti pubblici, infatti, possono svolgere una cruciale funzione anticiclica, sostenendo l'occupazione e l'economia del paese in generale.

La spesa pubblica italiana nel 2019 ammontava a 870,7 miliardi di euro, ovvero il 48,7% del PIL nazionale, con una componente molto forte rappresentata dalla spesa dalle amministrazioni regionali e locali. Benché la gran parte di tale percentuale sia rappresentata dalla spesa corrente, negli ultimi cinque anni l'andamento della spesa in conto capitale evidenziava una incoraggiante ripresa, complice anche il Codice dei contratti pubblici, le azioni intraprese per la modifica dei vincoli di sistema e la semplificazione delle procedure. Inoltre, l'andamento degli investimenti fissi lordi in Italia è in crescita dal 2015, benché a livello comunale negli ultimi anni vi sia stata una contrazione. Il 2020, così come gli anni a venire, saranno quindi cruciali per tracciare una nuova stagione di protagonismo degli enti locali creando le possibilità di indirizzare lo sviluppo a livello territoriale attraverso i loro investimenti.

È in questo quadro che l'Istituto per la Finanza e l'Economia Locale IFEL ha deciso di mettere in campo un grande progetto, nato in seno al D.L. del 26 ottobre del 2019 n. 124, al fine di offrire un adeguato supporto ai processi di investimento comunale. Tale progetto, che ha trovato collocazione all'interno delle attività dell'Osservatorio Investimenti della Fondazione IFEL, prevede la strutturazione di importanti azioni volte a consolidare buone pratiche negli investimenti pubblici, creando i presupposti per condividerle all'interno della pubblica amministrazione nel suo insieme. Il progetto ha consolidato una rete di esperti nazionali in materia di appalti pubblici e di investimenti, che sarà in grado di offrire supporto in diverse modalità. Tra queste, le attività di approfondimento delle modifiche introdotte alla normativa da parte del D.L. Semplificazioni rappresentano il primo prodotto tangibile del progetto. In particolare, i 35 webinar programmati tra il settembre e il dicembre del 2020, così come questo vademecum, vogliono essere uno strumento di supporto al lavoro dei funzionari ai vari livelli della amministrazione pubblica.

In questo modo, la Fondazione IFEL si pone al fianco delle amministrazioni comunali al fine di assistere e di incentivare i processi di investimento pubblico.

*Angelo Rughetti*

Responsabile Osservatorio Investimenti IFEL

# **CAPITOLO 1. Obiettivi del legislatore con la normativa di semplificazione e principali caratterizzazioni**

## **1.1. Gli obiettivi del legislatore**

**Elementi generali che regolano le procedure derogatorie** - La legge 11 settembre 2020, n. 120 ha convertito in legge con modificazioni il decreto legge 16 luglio 2020, n. 76, recante misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale. La norma reca tra l'altro numerosi correttivi, sia di carattere transitorio che definitivo, al Codice dei Contratti d.lgs. n. 50/2016, ed è su questi che si concentra l'attenzione del presente documento. L'art. 1, comma 1 e l'art. 2, comma 1 esplicitano gli obiettivi generali degli interventi di «semplificazione» delle procedure di affidamento:

- a) incentivazione degli investimenti pubblici con particolare riferimento alle infrastrutture ed ai servizi pubblici;
- b) far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale del COVID-19.

Il quadro normativo risulta in connessione con le indicazioni della Comunicazione 2020/C 108, della Commissione Ue, pubblicata sulla G. Ufficiale europea del 1° aprile, che delinea come regola generale l'utilizzo, per quanto possibile, delle procedure ordinarie (seppure configurando la situazione causata dall'emergenza come motivazione per la riduzione dei termini) e della procedura negoziata per ragioni d'urgenza, lasciando tuttavia al legislatore nazionale margine di intervento (soprattutto nel sottosoglia). Per il perseguimento dei suddetti obiettivi, il legislatore introduce norme volte ad imprimere una accelerazione nelle procedure di affidamento utilizzando prevalentemente quattro modalità:

1. attraverso deroghe al codice dei contratti e ad altre norme, intese ad ampliare la possibilità di utilizzo delle procedure negoziate sia nei contratti d'importo inferiore che di importo superiore alle soglie comunitarie;
2. fornendo specifiche motivazioni "ex lege" a giustificazione dell'adozione di procedure d'urgenza o di semplificazione;
3. attraverso alcune modificazioni al codice dei contratti (artt. 32, 38, 80, 83, 183);
4. attraverso l'introduzione di modifiche ed aggiunte a numerose altre norme, tra cui la legge 241/1990 il decreto legislativo 104/2010 (codice del processo amministrativo), la legge 20/1994 (giurisdizione e controllo della Corte dei Conti), il decreto legislativo 165/2001 (ordinamento del lavoro nelle pubbliche amministrazioni), il codice penale in materia di abuso d'ufficio e, infine, la legge 14 giugno 2019, n. 55, spostando, rispettivamente, al 30 novembre 2021 e al 31 dicembre 2021 le scadenze ivi fissate al 30 novembre 2020 e al 31 dicembre 2020.

**La conversione in legge con le modifiche apportate dal Parlamento ha:**

1. **aggiunto varie ed ulteriori modifiche al Codice dei contratti (art. 30, art. 36, art. 46, art. 48, art. 59, art. 140, art.151, art. 180;**

- 2. spostato la data del regime derogatorio al 31.12.2021;**
- 3. introdotto nuove deroghe al codice dei contratti (art. 22 sull'obbligo di dibattito pubblico);**
- 4. stabilito modifiche al codice dei contratti e ad altre leggi collegate alla materia degli affidamenti pubblici al fine di un maggiore coordinamento, in particolare, con le norme che disciplinano i beni e servizi culturali (d.lgs. 42/2004 codice dei beni culturali) e gli enti del terzo settore (d.lgs. 117/2017 codice del terzo settore).**

La *ratio* dell'intera norma è quella di generare una spinta in direzione dell'accelerazione dei processi amministrativi, incentivando l'adempimento e l'esercizio delle funzioni amministrative attraverso norme che spingano all'azione e scoraggino l'inerzia o l'omissione. Si tratta sia di norme attinenti all'aspetto oggettivo, quali quelle che dimezzano i tempi di pubblicazione delle gare o che ampliano il raggio di utilizzo di affidamenti diretti e procedure negoziate, sia attinenti al piano soggettivo, attraverso la limitazione della responsabilità amministrativa, relegata al dolo per i fatti commissivi ed invece mantenuta se non ampliata per i fatti omissivi. Non ultimo, la riforma dell'art. 323 del codice penale, contenente un ulteriore restringimento dei comportamenti qualificabili come abuso d'ufficio.

Accelerare le procedure per l'attuazione degli investimenti pubblici, velocizzare gli affidamenti degli appalti, ridurre i tempi di realizzazione dei lavori pubblici, semplificare i processi amministrativi, snellire ed eliminare le sovrapposizioni burocratiche con l'obiettivo prioritario di far fronte alle pesanti ricadute economiche derivanti dall'emergenza COVID: è alla stregua di questi fini di interesse generale, espressi in modo chiaro e ripetuto dalla legge in commento, che è oggi commisurata l'attività amministrativa e il relativo esercizio delle funzioni, ed in questo ambito anche la materia degli appalti pubblici ha, almeno in una fase transitoria (destinata a terminare il 31.12.2021), una nuova funzionalizzazione. Si pone attenzione agli obiettivi della legge perché questi impongono un cambio di mentalità nell'approccio agli appalti pubblici: fino ad oggi ed a partire, possiamo dire, dalle leggi che hanno disciplinato la materia sin dall'unità d'Italia, la procedura di affidamento per eccellenza, quella che meglio aderiva ai principi di imparzialità e di buon andamento, era l'asta pubblica, ovvero la procedura aperta; ogni altra modalità d'affidamento rappresentava quasi una deviazione che esigeva una specifica motivazione. La legge in commento, invece, apre uno spazio mai conosciuto in tale ampiezza all'utilizzo di modalità semplificate di affidamento: con ciò non si vuol certo dire che il principio costituzionale di imparzialità o quello comunitario di libera concorrenza perdano di rilevanza. La norma chiede ora che il rispetto di questi principi avvenga nel quadro di una situazione emergenziale determinata dalla necessità di far fronte alla crisi economica e sociale conseguente alla pandemia.

## 1.2. Le deroghe

**Quadro delle deroghe** - Si elencano tutte le deroghe relative ai contratti pubblici:

**Art. 1, comma 1:** deroga agli articoli 36, comma 2 (lavori servizi e forniture di importo inferiore alle soglie comunitarie) e 157, comma 2 (incarichi di progettazione di importo inferiore alle soglie comunitarie) del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recante Codice dei contratti pubblici. Attraverso la deroga sono resi possibili affidamenti diretti, per appalti **di lavori inferiori a 150.000,00 euro, per beni servizi, incarichi d'ingegneria, architettura e progettazione, inferiori a 75.000,00 euro e procedure negoziate per appalti di importi pari o superiori a quelli sopra detti e inferiori alle soglie comunitarie;**

**Art. 2, comma 1:** in deroga (implicita) all'art. 108, la mancata tempestiva aggiudicazione e stipulazione del contratto nei termini di legge e il tardivo avvio dell'esecuzione dello stesso, qualora imputabili all'operatore economico, costituiscono causa di esclusione dalla procedura o di risoluzione del contratto per inadempimento che viene senza indugio dichiarata dalla stazione appaltante e opera di diritto;

**Art. 2, comma 4:** deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale (fatto salvo il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, dei principi di cui agli articoli 30, 34 e 42 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e delle disposizioni in materia di subappalto); riguarda le procedure di importo superiore alle soglie comunitarie limitatamente ai settori dell'edilizia scolastica, universitaria, sanitaria e carceraria, delle infrastrutture per la sicurezza pubblica, dei trasporti e delle infrastrutture stradali, ferroviarie, portuali, aeroportuali, lacuali e idriche, nonché per gli interventi funzionali alla realizzazione della transizione energetica, e per i contratti relativi o collegati ad essi, e, in generale per tutte le procedure qualificabili come di estrema urgenza in relazione agli effetti negativi del COVID. La deroga fa salvi il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione ( decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159), nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, (in particolare le direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE), le disposizioni in materia di subappalto e i principi di cui agli articoli 30, 34 e 42 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50;

**Art. 3, comma 2** deroga che consente **fino al 31 dicembre 2021** di procedere, per le verifiche antimafia riguardanti l'affidamento e l'esecuzione dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, mediante il rilascio della informativa liberatoria provvisoria, immediatamente conseguente alla consultazione della Banca dati nazionale unica della documentazione antimafia sotto condizione risolutiva, fermo restando le ulteriori verifiche ai fini del rilascio della documentazione antimafia da completarsi entro sessanta giorni;

**Art. 4, comma 4, lett.a:** deroga l'art. 74 del codice del processo amministrativo (d.lgs. 104/2010), consentendo ai tribunali amministrativi la decisione in forma semplificata con definizione nell'udienza cautelare, ove questa debba essere svolta. In mancanza, il giudizio viene comunque definito con sentenza in forma semplificata ad una udienza



fissata d'ufficio e da tenersi entro quarantacinque giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente;

**Art. 5, comma 1:** deroga l'art. 107 del codice dei contratti stabilendo che la sospensione dei lavori, compresi quelli in corso, diretti alla realizzazione di opere d'importo superiore alla soglia comunitaria può avvenire, esclusivamente, per il tempo strettamente necessario al loro superamento, per le seguenti ragioni stabilite nello stesso art. 5;

**Art. 5, comma 4:** deroga alla procedura di cui all'articolo 108, commi 3 e 4 consentendo alla stazione appaltante la risoluzione di diritto del contratto nel caso in cui la prosecuzione dei lavori, per qualsiasi motivo non possa proseguire con il soggetto designato, salvo che per gravi motivi tecnici ed economici sia comunque, possibile o preferibile proseguire con il medesimo soggetto. La procedura prevede il parere obbligatorio del Collegio Consultivo Tecnico istituito all'art.6;

**Art. 8, comma1, lett. d:** in deroga all'art. 21, le procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture possono essere avviate anche in mancanza di una specifica previsione nei documenti di programmazione già adottati, a condizione che entro trenta giorni decorrenti dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto "semplificazioni" (14.09. 2020) si provveda ad un aggiornamento in conseguenza degli effetti dell'emergenza COVID-19;

**Art. 8, comma 4, lett.a:** in deroga alle specifiche clausole contrattuali il direttore dei lavori adotta, per le lavorazioni effettuate, uno stato di avanzamento dei lavori entro quindici giorni dalla data di entrata in vigore del decreto "semplificazioni" (17 luglio 2020) Il certificato di pagamento viene emesso contestualmente e comunque entro cinque giorni dall'adozione dello stato di avanzamento. Il pagamento viene effettuato entro quindici giorni dall'emissione del certificato di pagamento;

**Art. 8 comma 6 bis :** in deroga alla procedura del dibattito pubblico di cui all'art. 22 del codice dei contratti, le Regioni, su parere favorevole della maggioranza delle Amministrazioni Provinciali e Comunali interessate, possono autorizzare le Amministrazioni aggiudicatrici a procedere direttamente a svolgere le gare in base agli studi di prefattibilità tecnico economica nonché alle successive fasi progettuali, nel rispetto delle norme stabilite dal decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50;

**Art. 9, comma 3:** i Commissari straordinari possono essere abilitati ad assumere direttamente le funzioni di stazione appaltante e operano in deroga alle disposizioni di legge in materia di contratti pubblici fatti salvi i principi comunitari in materia.

### **1.3. Le motivazioni "ex lege" a giustificazione dell'adozione di procedure d'urgenza o semplificate**

**Motivazioni ex lege** - Sono qui raccolte tutte le motivazioni "ex lege" a giustificazione dell'adozione di procedure d'urgenza o di semplificazione.

**Art. 1 comma 4:** negli affidamenti sotto soglia la stazione appaltante, di norma, non richiede le garanzie provvisorie di cui all'articolo 93 del codice dei contratti: può eccezionalmente richiederle (comunque dimezzate) se la tipologia e specificità della

singola procedura consente di motivare che “ricorrono particolari esigenze che ne giustificano la richiesta, da indicare esplicitamente nei documenti di gara;

**Art. 2, comma 3:** l’art. 63, comma 2, lett. c) stabilisce che può essere utilizzata sopra soglia la procedura negoziata senza bando “nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dall’amministrazione aggiudicatrice, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati” la norma precisa poi che “le circostanze invocate a giustificazione del ricorso alla procedura negoziata non devono essere in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici”. Con la conversione in legge si è precisato che queste procedure negoziate debbano essere svolte previa pubblicazione dell’avviso di indizione della gara o di altro atto equivalente, nel rispetto di un criterio di rotazione. L’art. 2, comma 3 del decreto “semplificazioni” consente ex lege di motivare come di estrema urgenza i lavori, servizi e forniture nonché dei servizi di ingegneria e architettura e progettazione se i termini, anche abbreviati, previsti dalle procedure ordinarie non possono essere rispettati e gli appalti sono: 1) derivanti dagli effetti negativi della crisi causata dalla pandemia da COVID-19; oppure 2) non si sono svolti precedentemente a causa del periodo di sospensione delle attività determinato dalle misure di contenimento adottate per fronteggiare la crisi; In sede di conversione si aggiunge un’altra motivazione legittimante affidamenti tramite procedura negoziata a operatori economici con sede operativa collocata in aree di preesistente crisi industriale complessa ai sensi dell’articolo 27 del d.l. 22 giugno 2012, n. 83;

**Art. 8, comma 1, lett. a:** la motivazione per la consegna dei lavori in via di urgenza e, nel caso di servizi e forniture, l’esecuzione del contratto in via d’urgenza è stabilita ex lege per tutte le procedure i cui bandi o avvisi o inviti, con i quali si indice la gara, sono già stati pubblicati o inviati alla data di entrata in vigore del decreto “semplificazioni”, ma non siano scaduti i relativi termini, e in ogni caso per le procedure avviate entro **il 31 dicembre 2021**;

**Art. 8, comma 1, lett.b:** ove le stazioni appaltanti intendano prevedere, a pena di esclusione dalla procedura, l’obbligo per l’operatore economico di procedere alla visita dei luoghi, possono farlo esclusivamente nel caso in cui possano motivare (con motivazione non apodittica) che detto adempimento sia “strettamente indispensabile in ragione della tipologia, del contenuto o della complessità dell’appalto da affidare”;

**Art. 8, comma 1, lett. c:** nella motivazione del provvedimento che dispone la riduzione dei termini nelle procedure ordinarie non è necessario dar conto delle ragioni di urgenza, che si considerano comunque sussistenti.

Sono riportate le motivazioni che la legge fornisce “ex lege”. Tali motivazioni possono essere utilizzate per la predisposizione dei relativi provvedimenti a cura delle stazioni appaltanti, allorché ne ricorrano le fattispecie.

#### **1.4. La nuova disciplina della responsabilità amministrativa**

**La responsabilità amministrativa** - L'articolo 21 della legge in commento, rubricato "responsabilità erariale" interviene sulla disciplina delle conseguenze per i pubblici dipendenti e per gli altri soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei Conti, allorché provocano una perdita di beni o denaro, un mancato conseguimento di incrementi patrimoniali o comunque un danneggiamento alla propria o ad altra amministrazione. La tecnica legislativa, anche in questo caso, si compone sia di una deroga temporanea (**fino al 31.12.2021**) alla normativa vigente sia di una specifica modifica legislativa.

**La responsabilità erariale nel periodo emergenziale** - La deroga temporanea attiene ai comportamenti commissivi attuati dai soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica attuati a **decorrere dal 17 luglio 2020 e fino al 31 .12.2021**: in questo periodo la responsabilità amministrativa è limitata ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta. La limitazione di responsabilità riguarda solo i fatti commissivi e non si applica per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente. Pertanto, nel corso del periodo emergenziale stabilito dalla legge, il legislatore limita la responsabilità, e quindi la punibilità per danno erariale, al dolo, in caso di comportamenti commissivi, escludendo, sempre nei comportamenti commissivi, la colpa grave ( la colpa "lieve" era già esclusa per effetto della riforma approvata con legge n.639.1996); rimane invece la responsabilità per colpa nei casi di omissioni ed inerzie. Se leggiamo questa disposizione in relazione agli obiettivi della legge, risulta chiaro che il legislatore, nel momento in cui intende imprimere un'accelerazione per "sbloccare" l'attività amministrativa, ritiene utile a questo scopo dare un segnale ai dipendenti pubblici perché si attivino senza timore di incorrere nelle maglie della responsabilità per danno erariale. La Corte dei Conti, Sezione Prima Giurisdizionale Centrale d'Appello, con sentenza 2 settembre 2020, n. 234, ha per la prima volta affrontato le novità introdotte ritenendo non applicabile retroattivamente l'art 21 del decreto 76 (alla data della sentenza non ancora convertito): ne deriva che la novella non si applica ai rapporti sorti antecedentemente al 17 luglio 2020.

**La responsabilità erariale negli appalti** - Come sopra detto, la limitazione della responsabilità non è estesa alle omissioni o ai comportamenti inerti: occorre quindi esaminare come questa deroga possa conciliarsi con le ipotesi di responsabilità erariale introdotte dalla legge in materia di appalti. Si ricorda che l'art. 1 della legge, nello stabilire i termini, rispettivamente di due e quattro mesi, per la conclusione delle procedure di affidamento diretto e per le procedure negoziate, ha chiarito che la mancata o tardiva stipulazione del contratto e il tardivo avvio della sua esecuzione possano essere valutati ai fini della responsabilità erariale; analogamente l'art. 2 e l'art. 4 per il mancato rispetto del termine di 6 mesi dall'avvio degli affidamenti tramite procedure comunitarie; ed infine l'art. 6 che considera valutabile ai fini del danno erariale l'inosservanza delle determinazioni del collegio consultivo tecnico, obbligatorio per le gare di lavori d'importo superiore alla soglia comunitaria. Ebbene, mentre in linea generale i comportamenti descritti agli articoli 1, 2, 4, dovrebbero integrare omissioni o inerzie, il disposto dell'articolo 6 integra sia comportamenti omissivi sia comportamenti commissivi. Più in generale non risulta agevole distinguere comportamenti omissivi da quelli commissivi in materia di procedure di

affidamento di appalti pubblici: ad esempio, l'avvio di una procedura di gara mediante pubblicazione di un bando, non preceduta da una determina a contrarre contenente la prenotazione d'impegno integra un comportamento omissivo, ma imprime anche un'accelerazione alla procedura, che parte senza dover attendere un passaggio amministrativo contabile; analogamente per una gara di lavori pubblici avviata in assenza della verifica preventiva della progettazione. Gli esempi potrebbero continuare e, possiamo dire, occorrerà aspettare l'interpretazione che sarà data dalla Corte dei Conti per avere esatta contezza delle conseguenze di questa deroga transitoria. Ciò anche a prescindere dai dubbi di costituzionalità da molti avanzati in relazione alla disparità di trattamento tra comportamenti omissivi e comportamenti commissivi, lesiva del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 cost..

Stando così le cose si ritiene di richiamare ancora una volta gli obiettivi ed i fini d'interesse pubblico stabiliti dal legislatore, chiaramente volti a evidenziare la necessità di operare senza indugi, non aggravando e semmai sveltendo i procedimenti ancorché nel rispetto dei fondamentali principi che regolano l'attività amministrativa in materia di appalti, come contenuti agli artt. 30, 34, 42 del codice dei contratti ed esplicitamente richiamati dall'art. 2, comma 4 del decreto come convertito dalla legge 120/2020.

**La nuova qualificazione del dolo** – Il legislatore accompagna la deroga con una modifica integrativa apposta all'articolo, comma 1, della legge 14 gennaio 1994, n. 20: la norma novellata, dopo aver disposto che la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei Conti in materia di contabilità pubblica è personale e limitata ai fatti e alle omissioni commessi con dolo o colpa grave, ferma restando l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali, interviene (ed è questa la novità) sulla qualificazione dell'elemento soggettivo, stabilendo che la prova del dolo richieda la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso. La relazione illustrativa alla legge bene evidenzia il significato della novella poiché "la norma chiarisce che il dolo va riferito all'evento dannoso in chiave penalistica e non in chiave civilistica, come invece risulta da alcuni orientamenti della giurisprudenza contabile che hanno ritenuto raggiunta la prova del dolo inteso come dolo del singolo atto compiuto". Non è, in altre parole, sufficiente la volontà della condotta, come fino ad oggi applicato nella giurisprudenza della Corte dei Conti, ma occorre anche dimostrare la volontà dell'evento dannoso, e quindi la volontà di arrecare un danno alla pubblica amministrazione. Come ovvio anche in questo caso ci troviamo di fronte ad una limitazione dell'elemento soggettivo del danno erariale, in chiave garantista nei confronti dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei Conti.

La norma non interviene invece sull'elemento oggettivo e dunque rimane attuale la qualificazione del danno non circoscritta a quello patrimoniale come maturata dalla più recente dalla giurisprudenza della Corte dei Conti, che include fattispecie di danno quali il danno all'immagine, il danno ambientale ed in genere i danni alla comunità non limitati alla diminuzione patrimoniale per l'erario in senso stretto.

**Responsabilità patrimoniale e responsabilità civile** – si ritiene a margine di ricordare che il danno subito dall'erario può essere, oltre che "diretto", cioè cagionato direttamente da un comportamento antiggiuridico del dipendente, anche "indiretto", quando è procurato a soggetti terzi nei cui confronti l'amministrazione sia tenuta al risarcimento in virtù di una sentenza o anche da riconoscimento extragiudiziale del danno ex art. 2043 del codice

civile. La materia degli appalti pubblici può integrare sia ipotesi di danno diretto, sia, più frequentemente, casi di danno indiretto. In questo secondo caso il pubblico dipendente può essere chiamato direttamente in causa dal danneggiato ed anzi il danneggiato può anche optare per la chiamata in causa del solo dipendente. Si tratta di una possibilità, certo poco frequente, ma che si vuole evidenziare al fine di far emergere che l'imputabilità derivante da fatto dannoso ai sensi dell'art. 2043 del codice civile continua pienamente a sussistere per i pubblici dipendenti che nella loro attività arrechino danni a terzi.

## CAPITOLO 2. Problematiche applicative delle norme derogatorie e delle norme derogate

### 2.1. Il periodo di applicazione delle deroghe

**Quadro temporale di applicazione delle deroghe** - L'articolo 1 del decreto legge n.76/2020, successivamente alla sua conversione con modificazioni, avvenuta con legge 11 settembre 2020, n. 120, consente di procedere, qualora la determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento equivalente sia adottato entro il 31 dicembre 2021: a) mediante affidamento diretto per lavori di importo inferiore a 150.000,00 euro; b) mediante affidamento diretto per servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione di importo inferiore a 75.000,00 euro; c) mediante procedura negoziata per lavori da 150.000,00 ed inferiore a 350.000,00 euro, senza bando e con invito ad almeno 5 operatori, ove esistenti; c) mediante procedura negoziata per lavori da 350.000,00 ed inferiore a 1 milione euro, senza bando e con invito ad almeno 10 operatori, ove esistenti; d) mediante procedura negoziata da 1 milione e inferiore alla soglia comunitaria (ora 5.350.000,00), senza bando con invito ad almeno 15 operatori, ove esistenti; e) mediante procedura negoziata per servizi forniture e servizi d'ingegneria da 150.000,00 ed inferiore alle soglie comunitarie (ora 214.000,00 e 750.000,00 per gli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici elencati all'allegato IX al codice dei contratti) e con invito ad almeno 5 operatori, ove esistenti. Gli operatori economici da invitare alle procedure negoziate potranno essere individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici.

**La conversione in legge ha stabilito che le stazioni appaltanti diano evidenza dell'avvio delle procedure negoziate sopra descritte tramite pubblicazione di un avviso nei rispettivi siti internet istituzionali. Parimenti dovrà essere pubblicato un avviso sui risultati della procedura di affidamento, avendo cura di allegarvi l'elenco dei soggetti invitati. La norma, nel prescrivere un onere di pubblicazione di un avviso, non distingue tra le sopra indicate modalità di individuazione degli operatori economici; tuttavia dovrebbe risultare implicito che, in caso di selezione tramite elenchi di operatori economici, l'onere di pubblicazione dell'avviso deve considerarsi assolto con la pubblicazione dell'avviso pubblico nel quale è rappresentata la volontà della stazione appaltante di realizzare detto elenco, secondo le linee guida ANAC integrate da proprio regolamento.** L'articolo introduce una deroga **temporizzata** in relazione all'aggiudicazione dei contratti pubblici sotto soglia "durante il periodo emergenziale": infatti la deroga si applica qualora la determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento sia adottato successivamente all'entrata in vigore del decreto (17 luglio 2020) ed entro il **31 dicembre 2021**.

In tali casi (salvo che la procedura sia sospesa per effetto di provvedimenti dell'autorità giudiziaria) l'aggiudicazione o l'individuazione definitiva del contraente deve avvenire entro il termine di due mesi dalla data di adozione dell'atto di avvio del procedimento per gli affidamenti diretti, e di quattro mesi nel caso di procedure negoziate fino alla soglia comunitaria. Il mancato rispetto dei suddetti termini ed anche la mancata tempestiva

stipulazione del contratto e il tardivo avvio dell'esecuzione rilevano ai fini della responsabilità del Rup per danno erariale; sono invece causa di risoluzione di diritto del contratto per inadempimento se imputabili all'aggiudicatario.

**Tempistica per gli affidamenti diretti** - Nel caso di affidamenti diretti (affidamenti che ANAC definisce "puri"), ove è possibile procedere con determina a contrarre "semplificata" comprensiva dell'individuazione definitiva del contraente, ( ai sensi dell'art. 32, comma 2 del codice dei contratti), l'attività precedente alla formazione ed approvazione dell'atto di aggiudicazione ha carattere istruttorio ed informale e dunque non sussiste di per sé un *dies a quo* dal quale calcolare i due mesi per la conclusione del procedimento e ciò potrebbe integrare una facile elusione della norma. È comunque possibile che il Dirigente o il Rup formalizzino l'incarico per l'avvio del procedimento istruttorio, determinando in tal modo il termine iniziale: ciò in relazione alle regole generali in materia di conclusione del procedimento amministrativo, rafforzate dal nuovo comma 4 bis dell'art. 2 Legge n.241/1990, introdotto dall'art. 12, comma 1 del decreto, che prevede, in linea generale, che le pubbliche amministrazioni misurino e rendano pubblici i tempi effettivi di conclusione dei procedimenti amministrativi (la norma prevede però che i criteri di misurazione dei tempi effettivi di conclusione dei procedimenti sia demandata ad apposito dpcm).

La scelta del legislatore risulta chiara: maggiore possibilità di utilizzo di procedure semplificate finalizzata alla accelerazione dei tempi di affidamento. I termini di svolgimento delle procedure sono predeterminati dalla legge e la loro effettività dovrà essere oggetto di misurazione da parte delle stazioni appaltanti; il rispetto delle tempistiche è valutato ai fini delle responsabilità per danno erariale, oltre che di risultato o anche disciplinare, dei RUP e dei dirigenti coinvolti.

Negli affidamenti diretti "puri" si ritiene di proporre che il Dirigente o il RUP formalizzino l'incarico per l'avvio del procedimento che si concluderà con la determina a contrarre semplificata comprensiva dell'individuazione dell'affidatario. Ciò in relazione alle regole in materia di conclusione del procedimento introdotte dal decreto legge 76/2020 alla legge 241/1990 (art.4 bis).

## **2.2. L'utilizzo delle procedure ordinarie nel sottosoglia**

**Criticità relativa all'utilizzo delle procedure ordinarie** - Un aspetto problematico attiene alla obbligatorietà del vincolo stabilito dalla deroga: a prima vista, sulla base di una interpretazione letterale, sembrerebbe di doverne ricavare la effettiva sussistenza di un obbligo. Infatti la norma recita "le stazioni appaltanti procedono all'affidamento .... secondo le seguenti modalità". Se così fosse le sole procedure utilizzabili nel sottosoglia sarebbero l'affidamento diretto e la procedura negoziata senza bando. Una interpretazione più attenta al quadro d'insieme ed al sistema delle fonti fa invece propendere per una minore rigidità. La norma in questione è infatti, come sopra evidenziato, una deroga e non una abrogazione delle norme del codice dei contratti che quindi mantengono immutato il loro

valore di legge, producendo effetti giuridici e rilevanza di fonte per i principi e gli istituti ivi contenuti. Inoltre le procedure “ordinarie” sono introdotte e disciplinate, attraverso norme self-executing, dalle direttive comunitarie e dunque non derogabili da norme nazionali, se non altro perché la materia sarebbe poi sottoposta alla giurisdizione della Corte di Giustizia che non potrebbe certo considerare illegittima, ad esempio, l’opzione per una procedura aperta solo perché d’importo inferiore alle soglie comunitarie. Infine risulterebbe assai complesso determinare posizioni giuridiche soggettive qualificate ai fini dell’apertura di contenziosi dinanzi al Giudice Nazionale (TAR Consiglio di Stato) per aver svolto procedure aperte o negoziate invece di affidamenti diretti.

**Effetti obbligatori delle disposizioni derogatorie** - La deroga tuttavia non è priva di effetti obbligatori sotto altri profili: essa infatti è finalizzata a rilanciare gli investimenti e ad affrontare con urgenza la l’emergenza sanitaria; coerentemente con gli obiettivi fissati dalla legge è poi disciplinato, attraverso la deroga, lo svolgimento dell’azione, predefinita in relazione allo scopo da raggiungere (affidamento diretto e procedura negoziata). Ciò non toglie che, per regola generale, spetta alle stazioni appaltanti tradurre le regole formali in azioni amministrative capaci di adattarsi alle esigenze del caso, selezionando le procedure di affidamento maggiormente corrispondenti anche in relazione alle ragioni specifiche dei singoli appalti da aggiudicare. Ne consegue che l’utilizzo di procedure maggiormente formalizzate di quelle disciplinate dal decreto “semplificazioni” è pure possibile ma deve essere congruamente motivata. Per una completa motivazione si consiglia che sia sviluppata: a) in relazione al rispetto del principio di non aggravamento del procedimento; b) in relazione al rispetto dei termini di conclusione del procedimento espressamente previste con norma perentoria dal D.L. 76/2020 e ribadito nella conversione in legge; c) in relazione agli obiettivi di incentivazione degli investimenti e di argine alle ricadute economiche negative seguite all’emergenza COVID. Per quanto sopra è possibile l’esperienza di procedure formalizzate per importi inferiori a **75.000,00 euro per beni e servizi** e **150.000,00 euro per lavori** o di procedure ordinarie per importi sotto soglia, ma nel rispetto dei tempi stabiliti per la conclusione del procedimento dal D.L. 76/2020; in alternativa è ipotizzabile una diversa tempistica di conclusione del procedimento da predeterminarsi nella determina a contrarre, purché adeguatamente motivata dalla specificità di quel procedimento. Ciò anche in relazione al nuovo comma 4 bis dell’art. 2 Legge n.241/1990 che prevede in linea generale che le pubbliche amministrazioni misurino e rendano pubblici i tempi effettivi di conclusione dei procedimenti amministrativi di maggiore impatto per i cittadini e per le imprese.

**Conseguenze per il ritardo** - Le conseguenze per il ritardo delle amministrazioni nella conclusione dei procedimenti sono disciplinate ai sensi dell’art. 2 bis della legge n.241/1990, e stabiliscono che queste siano tenute al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell’inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento. Ed oggi, i termini di conclusione sono perentoriamente stabiliti dalla norma e funzionalizzati al perseguimento di specifici obiettivi stabiliti dalla legge, rendendo più agevole l’avvio del procedimento per ottenere il risarcimento.

**La legge** in commento consente ora di rendere rilevante, ai fini della imputazione di danno erariale davanti alla Corte dei Conti, qualsiasi ritardo (che si dimostri produttivo di un danno all’erario) determinato anche in conseguenza dell’utilizzo di una procedura ordinaria



in luogo di quelle semplificate, se non congruamente giustificato da apposita motivazione da ritrovarsi nella determina a contrarre. Si ricorda infine che le pubbliche amministrazioni possono adottare atti regolamentari in materia di procedure contrattuali (e molte dispongono di propri regolamenti) e devono essere dotate di piani triennali per la prevenzione della corruzione contenenti prescrizioni d'indirizzo tra l'altro, proprio sulla materia contrattuale. Si tratta di atti costituenti auto vincolo per l'attività delle rispettive amministrazioni e dunque, nel caso contengano norme più restrittive di quelle di cui al decreto legge n. 76/2020, la loro disapplicazione potrebbe integrare l'illegittimità dei provvedimenti adottati. È dunque necessario che le pubbliche amministrazioni provvedano a verificare con urgenza la compatibilità dei propri atti regolamentari e dei piani per la prevenzione della corruzione con gli obiettivi e le disposizioni del decreto "semplificazioni", assumendo le decisioni necessarie a superare eventuali incongruità o disarmonie.

*Si ritiene che il decreto legge, nell'introdurre un temporaneo regime derogatorio in materia di affidamenti non impedisca alle stazioni appaltanti di utilizzare le procedure ordinarie in luogo di quelle "accelerate" disciplinate dal decreto stesso. Tuttavia si consiglia che questa opzione sia congruamente motivata dalla stazione appaltante che l'adotta: a) in relazione al rispetto del principio di non aggravamento del procedimento; b) in relazione al rispetto dei termini di conclusione del procedimento espressamente previste con norma perentoria dal D.L. 76/2020; c) **in relazione agli obiettivi di incentivazione degli investimenti e di argine alle ricadute economiche negative seguite all'emergenza COVID.***

*Tutte le pubbliche amministrazioni sono dotate di piani triennali per la prevenzione della corruzione contenenti prescrizioni d'indirizzo sulla materia contrattuale. Inoltre varie amministrazioni hanno adottato atti regolamentari in materia di procedure contrattuali. Si tratta di atti costituenti auto vincolo e pertanto si consiglia una loro rivisitazione alla luce delle nuove disposizioni del D.L. 76/2020 **come convertito dalla legge 11 settembre 2020, n.120.***

### 2.3. La soglia per gli affidamenti diretti di beni e servizi

**Criticità relative alle soglie per utilizzo procedure derogatorie -La conversione in legge ha risolto un aspetto problematico che riguardava l'interpretazione dell'art. 1, comma 2, lett. a) relativamente alle soglie entro le quali è consentito l'affidamento diretto. Poiché con la conversione l'affidamento diretto per servizi, forniture e servizi d'ingegneria architettura e progettazione è ora autorizzato per importi inferiori ad euro 75.000,00 (e non più a 150.000,00), non sussiste più alcuna possibile interferenza tra la norma e il disposto dell'art. 35 del codice dei contratti che, nel recepire le direttive comunitarie in materia, annovera la soglia di euro 139.000,00 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati dalle amministrazioni aggiudicatrici che sono autorità governative centrali.**

## 2.4. L'applicazione del principio di rotazione in osservanza del criterio della differente dislocazione territoriale

**Applicazione del principio di rotazione** - Un aspetto problematico da esaminare riguarda principio di rotazione: per gli affidamenti diretti il regime derogatorio ha lasciato inalterato il procedimento per cui si ritiene ancora applicabile quanto stabilito da ANAC nelle proprie linee guida n.4. Si ribadisce quindi che in caso di affidamenti diretti da aggiudicarsi nel medesimo settore merceologico di quello precedente, l'affidamento al contraente uscente mantiene carattere eccezionale e richiede un onere motivazionale più stringente.

Nel caso di affidamenti d'importo pari o superiore a **75.000,00** per servizi e forniture inclusi i servizi d'ingegneria, di architettura e di progettazione e a 150.000,00 euro per lavori, l'art. 1, comma 2, lett. b) stabilisce ora che le procedure negoziate avvengano nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, "che tenga conto anche di una diversa dislocazione territoriale delle imprese invitate".

La norma introduce una significativa novità derogatoria, considerato che l'art. 36 del codice dei contratti prevede che l'affidamento degli appalti di valore inferiore alle soglie comunitarie avvenga consultando elenchi di operatori economici senza alcuna indicazione di provenienza, o svolgendo indagini di mercato senza alcuna limitazione territoriale. Su questa materia era intervenuta la Regione Toscana con la legge regionale 16 aprile 2019, n. 18 che consentiva per gli appalti sotto soglia di invitare micro e piccole imprese toscane nella percentuale massima del 50%. La legge toscana è stata in quel punto dichiarata illegittima con sentenza della Corte Costituzionale n. 98/2020.

La Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità della legge toscana in quanto riconducibile alla materia della tutela della concorrenza, di competenza legislativa esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. e): analogo problema non si porrebbe per il decreto Legge n. 76/2020, che è atto con forza di legge di provenienza di un organo statale, titolare della competenza esclusiva.

Rimane però aperto il tema del rispetto dei principi di libera concorrenza e non discriminazione da osservare in ottemperanza delle direttive comunitarie n. 23, 24, 25 del 2014. Da un punto di vista la norma toscana e la nuova temporanea versione dell'art. 36 divergono significativamente: infatti mentre la legge Toscana costituiva una riserva per le imprese toscane e con essa determinava una (indebita) restrizione nelle regole del mercato a favore delle imprese toscane, il decreto legge n. 76/2020, non determina alcuna riserva ma richiede una diversificazione della dislocazione territoriale: si tratta pur sempre di una intromissione nelle regole di mercato volta a considerare un elemento, la diversificazione territoriale dei soggetti da invitare, non esplicitamente contenuta nelle direttive comunitarie. La norma non sembra quindi presentare di per sé carattere discriminatorio, offrendo un però un ulteriore criterio per la selezione delle imprese da parte delle stazioni appaltanti oggettivamente non presente né desumibile dalle direttive comunitarie.

Non deve però sfuggire che questa tecnica legislativa attribuisce alle stazioni appaltanti il non agevole compito di individuare il giusto equilibrio nella modalità di diversificazione territoriale che dovrà garantire il rispetto del principio comunitario di non discriminazione.

Si aggiunga che stazioni appaltanti sono anche tenute ad osservare le linee guida ANAC che stabiliscono che la selezione degli operatori economici da invitare alle procedure negoziate debba avvenire tramite svolgimento di indagini di mercato o consultazione di elenchi per la selezione di operatori economici da invitare al confronto competitivo. Dunque il criterio della diversificazione territoriale nella selezione degli operatori economici da invitare alle procedure negoziate è demandato al livello della discrezionalità amministrativa (e sindacato dai giudici amministrativi).

**Aspetti relativi alla diversa dislocazione territoriale degli operatori economici da invitare** - Va preliminarmente chiarito che la diversa dislocazione territoriale non rileva in tutti i casi in cui la stazione appaltante non limiti la partecipazione e svolga procedure nella forma o nella sostanza aperte al mercato. Infatti, come ormai chiarito dalla giurisprudenza e dalle linee guida ANAC, in questi casi non si applica il principio di rotazione, di cui la dislocazione territoriale è ora criterio subordinato e collegato. Occorre invece attenersi al criterio del rispetto della diversa dislocazione territoriale in tutti i casi in cui la stazione appaltante operi una restrizione della platea dei concorrenti. In questi casi il duplice rispetto di questo criterio e del principio comunitario di non discriminazione esige che venga attuato in modo tale da scongiurare che siano invitate unicamente imprese dello stesso territorio e significativamente, imprese locali; se tuttavia la dislocazione territoriale si coniuga anche (e forse soprattutto) attraverso la distinzione tra imprese locali e non locali, ne emerge un carattere ambivalente della prescrizione, che consente alle stazioni appaltanti di operare anche al fine di ridurre il rischio di dover invitare solo imprese non locali. Se infatti il criterio della differenziazione territoriale operasse solo a favore delle imprese non locali, si determinerebbe una discriminazione al contrario, rivolta agli operatori presenti nel territorio.

Il tema della diversificazione della dislocazione territoriale fa parte delle deroghe transitorie al codice dei contratti e va quindi declinato alla luce degli obiettivi emergenziali del decreto semplificazioni: per questo la sua applicazione potrà essere adeguatamente motivata con le esigenze emergenziali derivanti dalla pandemia che, come è noto, costituiscono il presupposto giuridico alla base del D.L. "semplificazioni". La presenza di imprese legate al territorio tra quelle invitate a presentare offerta potrebbe infatti facilitare il raggiungimento degli obiettivi di velocizzazione degli affidamenti e della successiva esecuzione degli appalti, stabiliti dal D.L. 76/2020: se questa è la ratio della norma, l'applicazione di questo criterio dovrebbe essere motivata proprio con la necessità di determinare risultati di accelerazione volti ad affrontare le problematiche emergenziali derivanti dal COVID-19. Il tutto nell'ambito dei principi di concorrenza e non discriminazione tenendo conto che è un mercato aperto quello nel quale le imprese del territorio avvertono la concorrenza esterna e non possono costituire cartelli o assumere comportamenti oligopolistici; sarebbe invece un mercato non funzionante quello in cui alle imprese locali non fosse nemmeno consentito concorrere.

Il nuovo criterio assume particolare rilievo nel caso in cui la stazione appaltante eserciti ampia discrezionalità nella scelta degli operatori da invitare. In questi casi la discrezionalità è attenuata e compensata dall'obbligo di dover comunque garantire una equilibrata differenziazione territoriale delle imprese invitate. Tuttavia l'applicazione del principio di rotazione in correlazione con le linee guida ANAC e con gli orientamenti

giurisprudenziali ha già da tempo molto ridotto la sfera di discrezionalità delle stazioni appaltanti nella scelta delle imprese da invitare alle procedure negoziate. Ci si domanda se del criterio di diversa dislocazione territoriale debba tenersi conto anche nelle selezioni casuali come quelle a sorteggio. In linea generale, fino ad oggi, le pubbliche amministrazioni, allorché intendevano limitare il numero dei soggetti da invitare, procedevano a sorteggio tra le imprese che avevano manifestato interesse e o tra quelle presenti negli elenchi di operatori economici. La nuova norma rende invece, a nostro avviso, non pienamente conforme ad un sindacato di legittimità il mero sorteggio, in quanto inidoneo a determinare *ex ante* differenziazione nella dislocazione territoriale. La dislocazione differenziata può invece essere ottenuta predeterminando nei documenti di gara o nei regolamenti degli elenchi ditte adeguate modalità capaci di tradurre nel concreto tale criterio rispettoso della prescrizione normativa. Il dato di riferimento dovrebbe essere rappresentato dalla localizzazione di una sede operativa a prescindere dal fatto che la sede legale sia collocata altrove. Ciò in quanto la presenza su un territorio è meglio configurata dalla operatività rispetto all'alternativo criterio della formalità.

Un'ultima questione riguarda i livelli della dislocazione territoriale a cui fare riferimento. Come noto l'art. 114 Cost. suddivide l'Italia in comuni, città metropolitane, province, regioni, Stato: in assenza di una indicazione legislativa, a questi livelli territoriali si ritiene si possa far riferimento, non dimenticando che, specie le stazioni appaltanti transfrontaliere, devono evitare di incorrere in discriminazioni nei confronti di operatori economici comunitari. In ogni caso, dall'analisi e dalla conoscenza dei rispettivi territori, le stazioni appaltanti potrebbero individuare aree omogenee, comparti industriali, non necessariamente coincidenti con i confini istituzionali ma ottimali ai fini della migliore selezione delle imprese da invitare in base alla dislocazione territoriale.

*Il D.L. 76/2020 prevede che le procedure negoziate avvengano nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, "che tenga conto anche di una diversa dislocazione territoriale delle imprese invitate". Con ciò attribuisce alle stazioni appaltanti il non agevole compito di individuare il giusto equilibrio nella modalità di diversificazione territoriale che dovrà garantire il rispetto del principio comunitario di non discriminazione. In assenza di indicazioni legislative, si propone di far riferimento all'art. 114 Cost. che suddivide l'Italia in comuni, città metropolitane, province, regioni, Stato. Ciò non dimenticando, specie le stazioni appaltanti transfrontaliere, di evitare discriminazioni nei confronti di altri stati comunitari.*

## **2.5. Le deroghe relative ai servizi tecnici per l'ingegneria e l'architettura nel nuovo regime sottosoglia**

**Deroghe per i servizi di architettura e di ingegneria** - Per i servizi tecnici per l'ingegneria e l'architettura, l'art. 1 comma 1 del decreto "semplificazioni" prevede espressamente la deroga al comma 2 dell'art. 157 del codice dei contratti, con la

conseguenza che per **appalti d'importo inferiore a 75.000,00** euro si può ora procedere con affidamento diretto e da **75.000,00** euro fino alle soglie comunitarie si può procedere tramite procedura negoziata.

**Criteri utilizzabili - L'art. 1, comma 3) del decreto, per quanto riguarda gli affidamenti d'importo pari o superiore a 75.000,00**, rimette ora alla stazione appaltante la facoltà di scelta tra prezzo più basso ed offerta economicamente più vantaggiosa (art.1, comma 3), confermando l'opzione già effettuata con lo "Sblocca- Cantieri". **La conversione in legge ha però chiarito che rimane fermo il disposto dell'art. 95, comma 3, lett. b) che stabilisce l'obbligo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per i contratti relativi all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e degli altri servizi di natura tecnica e intellettuale (di importo pari o superiore a 40.000,00 euro). Una sua lettura in combinato con il D.L. 76/2020 rende esplicito che per importi pari o superiori a 75.000,00 permane per i servizi di architettura l'obbligo di utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.** Tuttavia, il decreto "semplificazioni" non ha anche provveduto a derogare o modificare l'art. 95, comma 3, del codice dei contratti che prescrive per questi affidamenti, se d'importo pari o superiore a 40.000,00 euro (e non 75.000,00), l'utilizzo obbligatorio del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. In attesa di un intervento chiarificatore si ritiene di desumere dalla *ratio* complessiva del decreto Legge che il legislatore, estendendo l'utilizzo dell'affidamento diretto per questi servizi **ad euro 75.000,00** e derogando esplicitamente all'art. 157, comma 2, del codice dei contratti, abbia implicitamente portato a tale importo **(75.000,00 euro)** l'obbligo dell'esclusivo utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo. Al fine di meglio inquadrare la fattispecie, si fa presente che gli affidamenti diretti non avvengono né in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa né in base al prezzo più basso. Negli affidamenti diretti la scelta del contraente privato avviene infatti, da parte del RUP o della stazione appaltante, all'esito di una fattispecie procedimentale istruttoria non formalizzata, volta ad individuare la soluzione più conveniente in relazione alla fattispecie concreta. Si ritiene pertanto che nel caso dei servizi d'ingegneria e di architettura, l'attività istruttoria di selezione debba ricomprendere aspetti qualitativi delle possibili soluzioni presenti sul mercato e non limitarsi alla mera comparazione di prezzi. L'adozione della determina a contrarre semplificata deve poi consentire di evidenziare e di dare pubblico rilievo delle ragioni sottese alla scelta, nonché alle metodiche attinenti aspetti qualitativi ed economici seguite per giungere alla stessa, al fine di permetterne piena conoscibilità.

*Per i servizi di ingegneria e architettura, inclusa l'attività di progettazione d'importo inferiore a 75.000,00 euro si può ora procedere con affidamento diretto. Negli affidamenti diretti, la selezione dell'offerta più conveniente dovrebbe svolgersi ricomprendendo aspetti qualitativi delle possibili soluzioni presenti sul mercato senza limitarsi alla mera comparazione di prezzi: ciò in relazione al fatto che l'art. 95, comma 3, lett. b) non derogato dal D.L. 76/2020, ed espressamente tenuto fermo dalla sua **conversione in legge**, può ritenersi rilevante, quanto meno in relazione al principio da osservare.*

*Per i servizi di ingegneria e architettura, inclusa l'attività di progettazione d'importo pari o superiore a **75.000,00 euro** fino alle soglie comunitarie si può procedere tramite procedura negoziata. La lettura combinata dell'art. 1, comma 3 del D.L. 76/2020 e dell'art. 95, comma 3, lett. b) del codice dei contratti, **espressamente tenuto fermo in seguito alla conversione in legge del decreto, rende esplicito l'obbligo di utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa***

## CAPITOLO 3. Gli affidamenti sottosoglia

### 3.1. Quadro generale sulle procedure derogatorie per gli affidamenti sottosoglia

**Elementi generali** - L'articolo 1 del d.l. n. 76/2020 consente alle stazioni appaltanti di affidare appalti di lavori, forniture e servizi (anche di ingegneria e di architettura) in deroga alle previsioni dell'art. 36, comma 2 e 157, comma 2 del d.lgs. n. 50/2016.

La deroga è riferita anzitutto ai moduli di affidamento definiti dalla disposizione del Codice dei contratti pubblici (affidamento diretto "puro", affidamento diretto con percorso preordinato all'individuazione dell'OE affidatario, procedura negoziata con confronto comparativo preceduta da indagine di mercato o estrazione degli OE da elenchi, procedura aperta), in quanto la norma ad efficacia transitoria definita dal decreto semplificazioni li riduce a due (affidamento diretto "puro" e procedura negoziata con confronto comparativo preceduta da indagine di mercato o estrazione degli operatori economici da elenchi).

**La disposizione del decreto "semplificazioni", nella formulazione conseguente alla conversione nella legge n. 120/2020, prevede anche la deroga all'art. 157, comma 2 del d.lgs. n. 50/2016 in relazione all'affidamento dei servizi di ingegneria e di architettura, che si concretizza nella rimodulazione delle fasce di valore e delle connesse procedure per l'affidamento dei servizi tecnici.**

**Pertanto, nel periodo di efficacia della norma, la stessa consente alle stazioni appaltanti di affidare i servizi di ingegneria ed architettura:**

- a) mediante affidamento diretto "puro" sino a 75.000,00 euro;**
- b) mediante procedura negoziata con confronto comparativo preceduta da indagine di mercato o estrazione degli OE da elenchi tra i 75.000,00 euro e la soglia Ue (214.000,00 euro);**
- c) mediante procedure ordinarie (aperte e ristrette) nella fascia di valore pari o superiore alla soglia Ue.**

**Applicazione degli elementi di principio dell'art. 36 del Codice** - L'articolo 1 del d.l. n. 76/2020 esplicita chiaramente nel comma 1 le disposizioni del Codice dei contratti pubblici rispetto alle quali le disposizioni in esso contenute si sovrappongono per il periodo di tempo indicato **(sino al 31 dicembre 2021)** al fine di ottimizzare i processi di affidamento degli appalti sottosoglia.

Negli altri commi (in particolare nei commi 3 e 4) il dato normativo definisce alcuni elementi (es. il numero minimo di offerte valide per applicare l'esclusione automatica, l'esclusione della garanzia provvisoria salvo scelta motivata della stazione appaltante, ecc.) che si configurano anch'essi come deroghe (seppure implicite) alle corrispondenti disposizioni dell'art. 36. Altre parti del corpus normativo, integrate dalle modifiche apportate in sede di conversione con la legge n. 120/2020, connotano aspetti procedurali con contenuti molto simili a quelli delle disposizioni del Codice dei contratti pubblici (come ad esempio la libertà di scelta dei criteri di valutazione delle offerte nelle procedure negoziate con confronto comparativo, **fatta salva l'applicazione obbligatoria del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa nei casi previsti dall'art. 95, comma 3**

**dello stesso Codice**, del tutto simile a quanto previsto dal comma 9-bis dell'art. 36 del d.lgs. n. 50/2016).

La disposizione non prevede tuttavia deroghe agli elementi di principio definiti per gli affidamenti sottosoglia dall'art. 36, comma 1 del d.lgs. n. 50/2016, né esplicitamente né implicitamente: pertanto tali elementi si applicano anche alle procedure derogatorie regolate dalle disposizioni del decreto "semplificazioni".

L'applicazione degli elementi dettati dall'art. 36, comma 1 del Codice dei contratti pubblici alle procedure semplificate disciplinate dall'art. 1 del d.l. n. 76/2020 comporta anche, in particolare, l'applicazione a tali procedure del principio di rotazione, quindi sia con riferimento all'affidamento diretto **entro i 75.000,00** euro per beni e servizi ed entro i 150.000,00 euro per i lavori sia con riferimento alla procedura negoziata con confronto comparativo tra tale valore e le soglie Ue (per la quale la nuova disposizione fa un riferimento esplicito, contenuto nella lettera b del comma 2).

Le stazioni appaltanti hanno la possibilità di seguire le indicazioni a suo tempo definite dall'Anac nelle linee-guida n. 4 (e validate da ampia giurisprudenza) in ordine all'applicazione del principio di rotazione, alla possibilità di non applicarlo quando scelgano di sviluppare le procedure con ampio confronto di mercato e alla necessità di motivare la sussistenza di particolari presupposti quando intendano derogare alla sua applicazione.

**d.l. 76/2020 - Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale  
Art. 1 Procedure per l'incentivazione degli investimenti pubblici durante il  
periodo emergenziale in relazione all'aggiudicazione dei contratti  
pubblici sotto soglia**

**c. 1** (...) 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.

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) . (...)

**Obbligo di applicazione di altre disposizioni inerenti i processi di acquisto di beni e servizi** - Le disposizioni contenute nell'art. 1 del d.l. n. 76/2020, come riformulato in alcune sue parti dalla legge di conversione n. 120/2020, configurano peraltro elementi derogatori riferibili solo ad alcune norme del Codice dei contratti pubblici. Di conseguenza, le stazioni appaltanti devono applicare a tali procedure le altre disposizioni organizzative (es. l'obbligo di gestione delle procedure con piattaforme telematiche ex art. 40, comma 2 del Codice) e procedurali (es. il soccorso istruttorio nelle gare gestite con la procedura negoziata con confronto comparativo) del d.lgs. n. 50/2016.

Le amministrazioni pubbliche ed altri soggetti ad esse assimilati sono inoltre tenute ad applicare tutte le disposizioni, derivanti da norme di finanza pubblica, relative all'obbligo di ricorso ai soggetti aggregatori per l'acquisizione di determinate tipologie di beni/servizi.



Le amministrazioni pubbliche, in relazione alle procedure regolate dalle disposizioni del decreto “semplificazioni” devono procedere, per l’acquisizione di beni e servizi di valore compreso tra i 5.000,00 euro e le soglie Ue (241.000,00 euro per la soglia standard per forniture e servizi, 750.000,00 euro per la soglia relativa ai servizi sociali e agli altri servizi compresi nell’allegato IX) mediante ricorso al Mercato elettronico della pubblica amministrazione (Mepa) oppure mediante ricorso ad un altro mercato elettronico (conforme alle norme in materia) oppure mediante utilizzo della piattaforma telematica messa a disposizione dalla centrale di committenza/soggetto aggregatore regionale, in base a quanto stabilito dall’art. 1, comma 450 della legge n. 296/2006. L’utilizzo delle procedure derogatorie disciplinate dall’art. 1 del d.l. n. 76/2020 comporta anche l’applicazione di tutte le disposizioni derivanti da leggi e da provvedimenti delle autorità di regolazione che incidono sulle procedure di affidamento degli appalti pubblici. Conseguentemente, per tali procedure devono essere effettuati alcuni adattamenti rispetto alla regolamentazione vigente per alcune procedure connesse stabilite dall’Anac, come, ad esempio:

- a) sino a modifica, per l’affidamento diretto eccedente i 40.000,00 euro, le stazioni appaltanti devono acquisire il CIG “ordinario”;
- b) sino a modifica, in relazione alle comunicazioni obbligatorie verso l’Anac (mediante il sistema Simog), continuano a valere le regole dalla stessa definite in modo differenziato per gli affidamenti di valore inferiore e superiore ai 40.000,00 euro.

**Moduli per l’affidamento degli appalti** - L’articolo 1, comma 2 del d.l. n. 76/2020 sintetizza in due soluzioni i moduli procedurali per l’acquisizione di beni, servizi e lavori, configurandoli in rapporto:

- a) al modello dell’affidamento diretto “puro”, rapportabile a quello statuito dall’art. 36, comma 2, lett. a) del Codice dei contratti pubblici (si veda per la definizione Anac, delibera n. 569 del 1° luglio 2020);
- b) al modello della procedura negoziata senza pubblicazione di bando, con confronto comparativo, preceduta da una fase di individuazione degli OE da invitare realizzata mediante indagine di mercato (sollecitata con avviso pubblico a presentare manifestazioni d’interesse a essere invitati) o estrazione da elenco di OE, sviluppata secondo il “format” del comma 6 dell’art. 63 del d.lgs. n. 50/2016.

<b>Modulo procedurale</b>	<b>Servizi/Forniture e servizi tecnici</b>
<b>Affidamento diretto entro 75.000,00 euro.</b>	<b>Sì</b>
<b>Procedura negoziata con confronto comparativo con almeno 5 OE invitati.</b>	<b>Tra 75.000,00 e soglie Ue (214.000/750.000,00 servizi all. IX)</b>

Modulo procedurale	Lavori
Affidamento diretto entro 150.000,00 euro.	Sì
Procedura negoziata con confronto comparativo con almeno 5 OE invitati.	Tra 150.000,00 e 350.000
Procedura negoziata con confronto comparativo con almeno 10 OE invitati.	Tra i 350.000,00 e 1.000.000,00 euro
Procedura negoziata con confronto comparativo con almeno 15 OE invitati.	Tra 1.000.000,00 euro e 5.350.000,00 euro

**Obbligo dell'utilizzo delle nuove procedure** - Una criticità rilevante in ordine all'applicazione delle nuove disposizioni del d.l. n. 76/2020, **non risolta in sede di conversione**, deriva dal carattere cogente, rinvenibile nell'utilizzo che il legislatore fa dell'indicativo presente nella locuzione "si applicano", delle nuove procedure "accelerate", sia nel sopra che nel sotto soglia.

Nel sotto soglia il dubbio è ulteriormente alimentato dalla completa deroga disposta nei confronti dell'art. 36, comma 2 del codice, comma ove ad oggi veniva fatta salva, in alternativa alle procedure di cui alle successive lettere a), b), c), e c-bis) "la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie".

Nel caso in cui la Stazione appaltante, con scelta motivata del RUP, ritenga di dovere, o potere, comunque, per gli affidamenti sotto soglia, ricorrere alle procedure ordinarie, dovrà ampiamente illustrare i diversi interessi pubblici, in relazione alla specifica fattispecie trattata e coerenti in ogni caso con quelli "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", che la scelta della "normale" procedura consente di perseguire.

Inoltre, in ossequio alle innovazioni apportate alla legge 241/90 dalla medesima legge "Semplificazioni" (cfr. art. 12 d.l.76/2020), la determina a contrattare o l'atto equivalente dovrà determinare la durata presunta del procedimento, al fine di consentire la valutazione della congruità della scelta ed il monitoraggio dei tempi (cfr. artt. 21 e 22 d.l. 76/2020).

Non appare viceversa possibile, **fino al 31 dicembre 2021**, ricorrere alle procedure di affidamento, diretto o negoziato, che rimangono normate nell'art. 36, comma 2 del codice, ma di fatto inutilizzabili in virtù della deroga in commento.

Tuttavia, nel caso in cui la Stazione appaltante abbia avviato una formale indagine di mercato, con avviso pubblicato prima dell'entrata in vigore del decreto legge, potrà valutarne l'attualità in termini sempre di interesse pubblico, disponendone in caso contrario la revoca; viceversa laddove l'indagine si sia già conclusa con l'individuazione degli operatori economici da invitare, la procedura potrà completarsi, anche nel rispetto dei

principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, con la successiva fase di confronto, informale se finalizzata ad un affidamento diretto ex art. 1, comma 2 lett. a), formale se incardinata nella negoziata di cui alla successiva lett. b), anche in considerazione del fatto che, per le nuove procedure, il legislatore della legge “Semplificazioni” indica il numero degli operatori da invitare facendolo procedere dall’avverbio “almeno”.

**d.l. 76/2020 - Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale**  
**Art. 1 Procedure per l'incentivazione degli investimenti pubblici durante il**  
**periodo emergenziale in relazione all'aggiudicazione dei contratti**  
**pubblici sotto soglia**

(...) **c 2.** Fermo quanto previsto dagli articoli 37 e 38 del decreto legislativo n. 50 del 2016, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento delle attività di esecuzione di lavori, servizi e forniture, nonché dei servizi di ingegneria e architettura, inclusa l'attività di progettazione, di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo n. 50 del 2016 secondo le seguenti modalità:

**a) affidamento diretto per lavori di importo inferiore a 150.000,00 euro e per servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore a 75.000,00 euro;**

**b) procedura negoziata, senza bando, di cui all'articolo 63 del decreto legislativo n. 50 del 2016, 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 **75.000,00** euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo n. 50 del 2016 e di lavori di importo pari o superiore a 150.000,00 euro e inferiore a 350.000,00 euro, ovvero di almeno dieci operatori per lavori di importo pari o superiore a 350.000,00 euro e inferiore a un milione di euro, ovvero di almeno quindici operatori per lavori di importo pari o superiore a un milione di euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo n. 50 del 2016. **Le stazioni appaltanti danno evidenza dell'avvio delle procedure negoziate di cui alla presente lettera tramite pubblicazione di un avviso nei rispettivi siti internet istituzionali.** L'avviso sui risultati della procedura di affidamento, **la cui pubblicazione nel caso di cui alla lettera a) non è obbligatoria per affidamenti inferiori ad euro 40.000**, contiene anche l'indicazione dei soggetti invitati. (...)**

**Soglie per l'affidamento diretto – In sede di conversione il legislatore ha ridotto la soglia dell'affidamento diretto per servizi e forniture, compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, a 75.000,00.**

Nel caso di contratti di lavori, il limite per il ricorso all'affidamento diretto rimane pertanto fissato ad euro 150.000,00. Occorre sottolineare che si tratta dell'importo stimato ai sensi

dell'art. 35 del codice (non derogato) che, nel caso in cui si proceda ad una indagine di mercato con richiesta di preventivi, deve essere oggetto di ribasso e che, visti gli importi, sarà stato probabilmente già oggetto di preventivo inserimento negli strumenti di programmazione.

**Rotazione e scelta degli operatori economici** - La norma del decreto legge, confermata in sede di conversione (art. 1, comma 1) determina la deroga solo relativamente al comma 2 dell'art. 36 del codice, quindi interviene introducendo nuove procedure "accelerate" e ridefinendone le nuove soglie. Ciò premesso, rimangono applicabili e cogenti i principi richiamati nell'art. 36, comma 1, del codice, in particolare per quanto riguarda il rispetto della rotazione degli affidamenti e degli inviti, nelle forme eventualmente specificate dalla singola Stazione appaltante con apposito regolamento. Non appare contraddittorio in tal senso che di rispetto della rotazione, limitata peraltro agli inviti, si parli in maniera esplicita solo nella successiva lett. b) del comma 2.

Ugualmente rimane come prassi consigliata il contenuto delle Linee guida Anac n° 4, nel testo aggiornato, ancorché mai pubblicato nella Gazzetta ufficiale (anche se questo documento non fa né può fare riferimento al tema della dislocazione territoriale introdotto dal nuovo decreto).

**Valutazione di congruità e necessaria acquisizione di più preventivi** - Nel riproporre, **con le diverse soglie superiori**, la procedura di affidamento diretto, la norma non ricalca pedissequamente il testo dell'art. 36, comma 2, lett. a) del codice, in relazione in particolare alla non riproposizione della locuzione "anche senza previa consultazione di due o più operatori economici". Volendo dare un significato alla scelta operata dal legislatore d'urgenza, ritorna d'attualità la possibilità, o necessità, per il RUP, come prassi prudenziale, scelta di autovincolo o in esecuzione magari di ulteriori direttive o regole interne (si pensi ad es. ai Protocolli inseriti all'interno dei Piani per la trasparenza e l'anticorruzione), di verificare la congruità, competitività o economicità della proposta economica di un operatore economico, confrontandola con altre. In tal caso, pur rimarcando l'informalità che caratterizza questa specifica fase di indagine di mercato, si ricorda il rispetto dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento e la necessità, pertanto, di garantire la massima trasparenza, correttezza e riservatezza nei confronti degli operatori economici consultati, utilizzando strumenti telematici che consentano di tracciare compiutamente le operazioni svolte e la relativa tempistica. Viceversa, laddove la stazione appaltante ritenga di dover dare maggiore rilevanza alle norme interne anticorruzione, adottando pertanto procedure più complesse o formalizzate, si dovrà dar conto, con direttive o ulteriori regolamentazioni, della compatibilità delle stesse con i termini di conclusione del procedimento stabiliti per i medesimi affidamenti dal decreto "semplificazioni".

**Procedimentalizzazione della fase di scelta degli operatori economici da consultare e di acquisizione dei preventivi** - In questo caso pertanto, l'eventuale diversa scelta del RUP, e della Stazione appaltante, di formalizzare anche la fase di scelta degli operatori economici cui chiedere preventivi o le proposte tecnico/economiche propedeutiche all'affidamento diretto, sconta poi il rischio di far "sforare" il termine dei due mesi entro il quale garantire "l'aggiudicazione o l'individuazione definitiva del contraente", stabilito dal comma 1, con il rischio di procurare un danno erariale, laddove il ritardo comporti perdita

di finanziamento, o danni da disagio (pensiamo ai lavori da svolgere negli ambienti scolastici o in zone turistiche, ecc.) o altri disvalori per la PA o per la comunità di riferimento, direttamente imputabili al ritardo o all'inerzia del funzionario preposto. Nel caso il RUP, in base alle norme sugli obblighi di aggregazione e centralizzazione della spesa pubblica, debba ricorrere all'utilizzo del MEPA o di altro mercato elettronico regionale o provinciale, e volesse attivare una RDO, o altro strumento di negoziazione simile, con la finalità dell'indagine di mercato finalizzata all'affidamento diretto, dovrà adeguatamente illustrare, nella richiesta di preventivo, le informazioni ed indicazioni agli operatori economici al fine di specificare che la stessa non ricade nell'ambito di una procedura negoziata "formalizzata" e che non ricorrono pertanto le peculiari garanzie di quest'ultima.

**Pubblicità, pubblicazione degli atti, impugnabilità dei provvedimenti** – La legge "Semplificazioni" non interviene, nel sottosoglia, a modificare gli obblighi di pubblicazione degli atti come derivanti sia dall'art. 29 del codice, che dal d.lgs. 33/2013, se non, come vedremo, per le procedure di affidamento diretto fino a 40.000,00 euro; pertanto rimane l'obbligo di tempestiva alimentazione delle sezioni "Amministrazione trasparente" e "Profilo di committente" del sito istituzionale della Stazione appaltante. In questo caso la pubblicità avrà per oggetto o il provvedimento unico con valenza sia di determina a contrattare che di affidamento, ai sensi dell'art. 32, comma 2 del codice, richiamato dal successivo comma 3 dell'art. 1 qui in commento o quest'ultimo provvedimento unitamente all'eventuale documentazione relativa all'indagine di mercato formalizzata compiuta a monte. La pubblicazione appare quanto mai necessaria ai fini del decorso dei termini di impugnazione.

**Provvedimento di avvio della procedura, conclusione e rispetto dei termini** - Il comma 1 dell'art. 1 delimita l'ambito oggettivo alle procedure la cui "determina a contrattare o altro atto di avvio del procedimento equivalente sia adottato entro il **31 dicembre 2021**" e, chiaramente, adottate dal 17 luglio, data di entrata in vigore del decreto "semplificazioni" medesimo.

Nel caso di affidamento diretto, ove vi è coincidenza del provvedimento di individuazione del privato contraente con la determina a contrattare, il rispetto del termine appare "*in re ipsa*"; viceversa nel caso di indagine di mercato formalizzata si dovrà porre attenzione alla scansione temporale delle diverse fasi. Si ritiene che l'integrazione dell'efficacia della determina di affidamento, connessa alla conclusione delle procedure di controllo dei requisiti di carattere generale e speciale in capo all'affidatario, possa intervenire anche dopo il termine dei due mesi.

**Aderendo ad un invito formalizzato da ANAC con l'atto di segnalazione n° 2 del 26 febbraio scorso, nel testo dell'art. 1, comma 2, lett.b) della legge di conversione del decreto "Semplificazioni" si specifica che per gli affidamenti diretti fino a 40.000,00 non è obbligatoria la pubblicazione dell'avviso sui risultati della procedura di affidamento. A regime, con il successivo comma 5-bis del medesimo art. 1, si interviene anche sull'art. 36, comma 2, del Codice, introducendo l'analogha semplificazione.**

### 3.2. L'affidamento diretto "puro"

**Estensione dell'utilizzo dell'affidamento diretto puro** - La parte della disposizione del d.l. n. 76/2020 (art. 1, comma 2, lett. a) che disciplina l'affidamento diretto, non prevede alcun percorso o processo predefinito per l'individuazione dell'operatore economico con il quale pervenire all'aggiudicazione, configurando entro le fasce di valore dei **75.000,00** euro per le acquisizioni di beni e servizi e di 150.000,00 euro per l'acquisizione di lavori l'utilizzo del c.d. "affidamento diretto puro" (come evidenziato dall'Autorità Nazionale Anticorruzione nel proprio documento del 4 agosto 2020 ad esame e commento degli articoli del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 "Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale" in tema di contratti pubblici, trasparenza e anticorruzione).

Le stazioni appaltanti hanno quindi libertà di scelta in ordine alle modalità di individuazione dell'operatore economico (come più volte evidenziato dalla giurisprudenza: v. Tar Piemonte, sez. I, sent. n. 353 del 25 marzo 2018), potendo fare riferimento:

a) alle soluzioni indicate dall'Anac nelle Linee-guida 4, al paragrafo 4.3.1. (comparazione dei listini di mercato, di offerte precedenti per commesse identiche o analoghe; analisi dei prezzi praticati ad altre amministrazioni; confronto dei preventivi di spesa forniti da due o più operatori economici);

b) a percorsi più strutturati, con eventuali strumenti sollecitatori (avvisi pubblici), anche al fine di creare elenchi di operatori economici tra i quali individuare il potenziale affidatario.

**Individuazione dell'operatore economico** - Nell'impostare il percorso per l'individuazione dell'operatore economico con il quale procedere all'affidamento diretto, le stazioni appaltanti devono tenere in considerazione la differenza tra la richiesta di preventivi (caratterizzata da informalità e da un confronto tra le esigenze della stazione appaltante e la proposta di ciascun operatore economico consultato) e la procedura comparativa (finalizzata appunto a porre in comparazione tra loro offerte degli operatori economici, sulla base dell'applicazione di un criterio di valutazione dichiarato), in quanto quest'ultima costituisce una vera e propria gara e deve seguirne le regole.

La differenza tra la richiesta di preventivi e la procedura selettiva/comparativa è stata presa in esame dalla giurisprudenza, con significativa definizione di elementi distintivi.

(...) "in mancanza di precisi criteri di selezione non si realizza una gara in senso tecnico né si instaura una procedura competitiva, ma una mera consultazione e comparazione di offerte, sostanzialmente rimettendo la scelta del contraente alla valutazione fiduciaria della pubblica amministrazione (...)" (Corte di Cassazione, sez. VI penale, sent. n. 52209 del 20 novembre 2018).

Sulla differenza del percorso di analisi delle proposte di preventivo (rapportabile in particolare al processo di individuazione dell'operatore economico nell'affidamento diretto) rispetto a quello di valutazione delle offerte (riconducibile tipicamente alla fase di gara della procedura negoziata) sono intervenute anche la giurisprudenza amministrativa (v. Tar Sardegna, sez. II, decr. 212 del 30 agosto 2019) e l'Anac (v. delibera n. 569 del 1° luglio 2020).

Il comma 3 dell'art. 1 del d.l. n. 76/2020 stabilisce al primo periodo che "Gli affidamenti diretti possono essere realizzati tramite determina a contrarre, o atto equivalente, che

contenga gli elementi descritti nell'articolo 32, comma 2, del decreto legislativo n. 50 del 2016.”.

**Formalizzazione mediante atto unico equivalente** - L'art. 32, comma 2 del Codice dei contratti pubblici prevede che “(...) la stazione appaltante può procedere ad affidamento diretto tramite determina a contrarre, o atto equivalente, che contenga, in modo semplificato, l'oggetto dell'affidamento, l'importo, il fornitore, le ragioni della scelta del fornitore, il possesso da parte sua dei requisiti di carattere generale, nonché il possesso dei requisiti tecnico-professionali, ove richiesti.”.

A fronte dell'esplicita previsione contenuta nel comma 3 dell'art. 1 del d.l. n. 76/2020, le stazioni appaltanti che procedono all'affidamento diretto di appalti di lavori **entro la soglia dei 150.000,00 euro e di beni e servizi entro la soglia dei 75.000,00 euro** sono tenute a esplicitare il percorso realizzato per individuare l'operatore economico al quale hanno affidato l'appalto. La disposizione del decreto rafforza quindi l'obbligo motivazionale in ordine agli elementi essenziali del rapporto con l'operatore economico affidatario e, soprattutto, in ordine alle modalità con le quali lo stesso è stato individuato. L'esplicitazione delle ragioni della scelta dell'operatore economico richieste dal comma 2 dell'art. 32 del Codice dei contratti pubblici costituisce traduzione operativa del principio di trasparenza (sull'evidenziazione delle regole seguite) e del principio di pubblicità (che ha il suo veicolo proprio nell'atto di affidamento).

La formalizzazione dell'affidamento diretto mediante le procedure telematiche comporta, in attesa dell'adeguamento da parte dei gestori delle piattaforme, l'analisi delle opzioni possibili.

Per l'acquisizione di beni e servizi nel Mepa, ad esempio, è già possibile l'utilizzo della procedura di “trattativa diretta” per affidamenti ad un unico operatore economico in base alle fattispecie previste dall'art. 63 del d.lgs. n. 50/2016, oltre che per l'affidamento diretto entro i 40.000,00 euro in base all'art. 36, comma 2, lett. a) dello stesso Codice dei contratti pubblici.

Elemento	Riferimento	Specificazioni
Fascia di valore entro 75.000,00 euro per l'utilizzo dell'affidamento diretto.	Art. 1, comma 2, lett. a) d.l. n. 76/2020	Valido per forniture di beni e servizi, compresi quelli di ingegneria e architettura.
Fascia di valore entro 150.000,00 euro per l'utilizzo dell'affidamento diretto.	Art. 1, comma 2, lett. a) d.l. n. 76/2020	Valido per lavori
Modulo non descrittivo di modalità specifiche per	Art. 1, comma 2, lett. a) d.l. n. 76/2020	Libertà di forme per l'effettuazione del percorso

l'individuazione dell'OE con cui procedere all'affidamento diretto.		(indagine di mercato) per l'individuazione dell'OE.
Formalizzazione mediante atto unico equivalente.	Art. 1, comma 3 d.l. n. 76/2020 con rinvio all'art. 32, comma 2 del d.lgs. n. 50/2016	Obbligo motivazionale in ordine agli elementi essenziali dell'affidamento, tra cui le ragioni (modalità) della scelta dell'OE.
Pubblicizzazione dei risultati dell'affidamento	Art. 1, comma 2, lett. b) d.l. n. 76/2020 (ultimo periodo)	Obbligo di pubblicazione di apposito avviso per gli affidamenti diretti di beni e servizi compresi tra i 40.000,00 euro e i 75.000,00 euro, nonchè per gli affidamenti diretti di lavori compresi tra i 40.000,00 euro e i 150.000,00 euro,
Pubblicizzazione dei risultati dell'affidamento	Art. 1, comma 2, lett. b) d.l. n. 76/2020 (ultimo periodo)	Possibilità di non pubblicare l'avviso per l'affidamento diretto di lavori, beni e servizi entro i 40.000,00 euro

### 3.3. Le procedure negoziate con confronto comparativo

Procedura negoziata con confronto comparativo - L'articolo 1, comma 2, lett. b) del d.l. n. 76/2020 delinea per l'affidamento degli **appalti di beni e servizi di valore compreso tra i 75.000,00 euro e le soglie Ue e di lavori** di valore compreso tra i 150.000,00 euro e le soglie Ue il modulo della procedura negoziata senza bando, con confronto competitivo tra un determinato numero di operatori economici, invitati dalla stazione appaltante dopo essere stati individuati mediante un percorso specificamente sviluppato (indagine di mercato, mediante avviso pubblico finalizzato a sollecitare la presentazione di manifestazioni d'interesse a essere invitati alla eventuale successiva gara) o mediante estrazione da un elenco, precedentemente costituito (sulla base di un avviso pubblico) e impostato secondo uno schema di aggiornamento dinamico. Il modulo corrisponde a quello definito dal Codice dei contratti pubblici sia nell'art. 36 sia nell'art. 63, comma 6.



**Individuazione degli operatori economici da invitare** - L'individuazione degli operatori economici da invitare alla procedura di gara deve avvenire mediante indagine di mercato o mediante ricorso ad elenco. Possono essere applicate in tale prospettiva le soluzioni definite dall'Anac nelle linee-guida n. 4, consolidate anche nelle interpretazioni giurisprudenziali.

La disposizione del d.l. n. 76/2020 esplicita l'applicazione del criterio di rotazione ai soggetti da invitare, in termini analoghi a quanto previsto nell'art. 36 del Codice (si vedano lett. c e c-bis del comma 2) e richiede la pubblicazione dei risultati della procedura con indicazione anche degli OE invitati.

**Differente dislocazione territoriale** - L'art. 1, comma 2, lett. b) del d.l. 76/2020 prevede che nell'organizzazione della procedura di confronto comparativo (consultazione) la stazione appaltante tenga conto anche di una diversa dislocazione territoriale delle imprese invitate.

La previsione è correlabile all'intervento della Corte Costituzionale con la sentenza n. 98 del 5-27 maggio 2020, che ha sancito l'illegittimità costituzionale di una norma di legge regionale definitoria di una condizione di favore (riserva del 50%) per le imprese locali nel coinvolgimento (invito) nelle procedure di affidamento sottosoglia. Il criterio introdotto dalla disposizione del decreto sollecita le stazioni appaltanti a prendere in considerazione soluzioni che evitino il determinarsi di condizioni discriminatorie per operatori economici non aventi sede legale o operativa nel territorio della stessa amministrazione aggiudicatrice. Il criterio della differente dislocazione territoriale impone alle stazioni appaltanti una necessaria definizione di sistemi selettivi degli operatori economici, sia nella fase di individuazione sia soprattutto nella fase di successiva definizione degli inviti, tali da consentire la formazione del novero degli OE stessi senza elementi che evidenzino l'intento della stessa amministrazione aggiudicatrice di applicare "volutamente" preferenze o riserve su base territoriale.

Qualora la stazione appaltante opti per l'individuazione del numero minimo di operatori economici da invitare, secondo la norma, dovrà adottare meccanismi selettivi che evitino l'afferenza degli stressi ad un unico contesto territoriale. Qualora la stazione appaltante opti invece per invitare tutti i soggetti che hanno presentato manifestazione di interesse, anche se afferenti a un unico contesto territoriale può procedere, in quanto, in tal caso, la formazione del novero degli operatori economici è determinata dalle dinamiche del "mercato di riferimento".

**In sede di conversione nella legge n. 120/2020, nella disposizione è stato inserito un particolare obbligo, al quale le amministrazioni devono dar corso in relazione allo sviluppo della fase selettiva: esse devono dare evidenza dell'avvio delle procedure negoziate di cui alla presente lettera tramite pubblicazione di un avviso nei rispettivi siti internet istituzionali. L'avviso si riferisce all'attivazione del confronto competitivo mediante la gara, conseguente all'invio delle lettere di invito ed assolve alla duplice funzione di garantire massima trasparenza sia al passaggio successivo a quello di individuazione degli operatori economici sia al preciso momento in cui questo viene ad essere effettivamente avviato.**

**d.l. 76/2020 - Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale  
Art. 1 Procedure per l'incentivazione degli investimenti pubblici durante il  
periodo emergenziale in relazione all'aggiudicazione dei contratti  
pubblici sotto soglia**

(...)

**c 3.** (...) Per gli affidamenti di cui al comma 2, lettera *b*) , le stazioni appaltanti, **fermo restando quanto previsto dall'articolo 95, comma 3, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50**, nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, procedono, a loro scelta, all'aggiudicazione dei relativi appalti, sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ovvero del prezzo più basso.

Nel caso di aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso, le stazioni appaltanti procedono all'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'articolo 97 commi 2, 2 *-bis* e 2 *-ter* , del decreto legislativo n. 50 del 2016, anche qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque. (...)

**Esclusione automatica delle offerte nelle procedure negoziate  
al prezzo più basso**

<b>Offerte ammesse</b>	<b>Calcolo soglia di anomalia</b>	<b>Esclusione automatica</b>	<b>Riferimento normativo (Codice dei Contratti)</b>
1-4	NO	NO	Art. 97 comma 3 bis
5-9	SI	SI	Art. 97 comma 2bis e 3 bis
10-14	SI	SI	Art. 97 comma 2 bis
Oltre 15	SI	SI	Art. 97 comma 2

**Deroghe procedurali** - L'art. 1, comma 3 del decreto "semplificazioni" definisce alcune deroghe procedurali applicabili alle procedure negoziate con confronto comparativo.

In caso di utilizzo del criterio del prezzo più basso, si applica l'esclusione automatica delle offerte, assumendo a riferimento un parametro numerico inferiore (in caso di almeno cinque offerte).

Le stazioni appaltanti, inoltre, in base al comma 4 dell'art. 1 possono non richiedere la garanzia provvisoria ex art. 93 del Codice e, qualora scelgano di richiederla, la stessa è dimezzata nel valore definito (es. se 2% "standard", la cauzione da corrispondere è pari all'1% del valore dell'appalto).

<b>Elemento</b>	<b>Riferimento</b>	<b>Contenuti della regolamentazione</b>
Individuazione degli OE da invitare	Art. 1, comma 2, lett. b) d.l. n. 76/2020	Obbligo di indagine di mercato o di estrazione da elenco.
Elementi di cui tener conto nell'individuazione degli OE	Art. 1, comma 2, lett. b) d.l. n. 76/2020	Obbligo di tener conto della diversa dislocazione territoriale.
Procedura di confronto comparativo (gara)	Art. 1, comma 2, lett. b) d.l. n. 76/2020	Esplicito rinvio all'art. 63 del Codice (rinvio implicito al format del comma 6).
Avviso sull'avvio della procedura negoziata	Art. 1, comma 2, lett. b) d.l. n. 76/2020	Obbligo di pubblicazione dello specifico avviso sul sito internet della SA
Cauzione provvisoria	Art. 1, comma 3, d.l. n. 76/2020	Non richiesta. Se la SA decide di richiederla, è definita nella metà del valore stabilito dall'art. 93 del Codice.
Criterio di valutazione	Art. 1, comma 3, d.l. n. 76/2020	Libera scelta della SA tra prezzo più basso e OEPV, fatto salvo l'obbligo di utilizzo dell'offerta economicamente più vantaggiosa nei casi previsti dall'art. 95, Comma 3 del Codice.
Rilevazione delle offerte anormalmente basse in caso di utilizzo del criterio del minor prezzo	Art. 1, comma 3, d.l. n. 76/2020	Riferimento ai metodi definiti dall'art. 97, commi 2, 2-bis e 2-ter del d.lgs. n. 50/2016.
Applicazione dell'esclusione automatica delle offerte anormalmente basse	Art. 1, comma 3, d.l. n. 76/2020	In caso di un numero di offerte pari o superiore a cinque (deroga rispetto al comma 8 dell'art. 97 del Codice, che prevede l'applicazione solo in caso di un numero di offerte non inferiore a dieci).

### 3.4. Gli elenchi degli Operatori Economici: criteri e indirizzi per la formazione

Il ricorso agli elenchi di operatori economici, tanto per i lavori che per servizi e forniture, è una opzione già contemplata dall'art. 36 del Codice dei Contratti per affidamenti sottosoglia ma che con il decreto "semplificazioni" è stata ulteriormente rimaneggiata, stabilendo nuove modalità se le procedure di affidamento sono indette entro il **31 dicembre 2021**.

**Quadro previgente** - Il previgente quadro normativo consentiva di ricorrere ad elenchi di operatori privati rispettivamente per contratti di servizi e forniture di importo superiori a 40.000,00 euro e inferiori alle soglie eurounitarie di cui all'art. 35 del medesimo codice, invitando almeno 5 operatori economici, individuati anche mediante elenco preventivamente costituito.

Per i lavori, la procedura di affidamento era incardinata nell'alveo della procedura negoziata di cui all'art. 63, prevedendo il ricorso all'elenco di operatori economici per l'affidamento di contratti di importo pari o superiore a 150.000,00 euro e inferiori a 350.000,00 euro consultando almeno 10 operatori economici e fino a 1.000.000,00 euro consultando almeno 15 operatori economici.

In tutti i casi è contemplato il rispetto del criterio di rotazione degli inviti.

**Quadro definito dalle norme derogatorie del decreto** - Per servizi e forniture il ricorso ad elenchi di operatori economici è consentito per contratti di importo superiore a **75.000,00 euro** e inferiori alle soglie eurounitarie (214.000,00 euro per amministrazioni aggiudicatrici diverse da quelle statali, euro 139.000,00 per amministrazioni aggiudicatrici statali, 750.000,00 euro per servizi sociali ed altri).

Per i lavori le nuove soglie sono da 150.000,00 euro e inferiori a 350.000,00 euro consultando almeno 5 operatori economici, inferiori a 1.000.000,00 euro consultando almeno 10 operatori economici e inferiori a 5.350.000,00 euro consultando almeno 15 operatori economici.

(Il ricorso ad elenchi di operatori è possibile anche al di sotto delle predette soglie per selezionare l'affidatario o i soggetti da consultare). E' inoltre confermato il rispetto del criterio di rotazione degli inviti.

**In sede di conversione del decreto "Semplificazioni", è stato aggiunto l'obbligo di dare evidenza dell'avvio delle procedure negoziate tramite pubblicazione di un avviso nei rispettivi siti internet istituzionali. L'integrazione sembrerebbe un aggravio della procedura laddove le amministrazioni abbiano fatto precedere la formazione dell'elenco da un Avviso preventivo. Peraltro la stessa Anac, nelle Linee Guida n. 4 (aggiornate con Del. 206 del 1-3-18), individuava una modalità senz'altro più semplificata rispetto all'attuale novella normativa. E' indubbio che nel caso si proceda tramite indagini di mercato occorra procedere con un apposito Avviso Pubblico per ogni singola procedura. Nel caso in cui ci si avvalga, invece, di elenchi di O.E., per la cui formazione si sia già proceduto mediante avviso preventivo, l'obbligo di un avviso pubblico per ogni singola procedura, oltre ad essere ridondante, potrebbe anche confliggere con il principio di imparzialità che deve caratterizzare la procedura di scelta dell'affidatario, laddove l'avviso dovesse indicare anche i soggetti invitati alla procedura.**

**Un modo per ovviare, nel rispetto del dettato normativo, al prevedibile appesantimento procedurale, potrebbe essere quello di inserire, nell'Avviso Pubblico preventivo per la formazione degli elenchi di O.E, l'elenco degli interventi per i quali si procederà alla scelta dell'affidatario ricorrendo agli elenchi di O.E. e poi, in sede di avviso post-informativo, dare conto di ogni singola procedura.**

**Principi applicativi per la costituzione dell'elenco degli operatori economici** - Nella costituzione e gestione dell'elenco degli operatori economici la stazione appaltante è tenuta al rispetto oltre del richiamato principio di rotazione degli inviti (e degli affidamenti), anche degli ulteriori principi enunciati agli articoli 30, c. 1, 34 e 42 del Codice. Pertanto, con riferimento al comma 1 dell'articolo 30, la stazione appaltante dovrà adottare tutti quegli accorgimenti operativi che consentano di rispettare i richiamati principi.

Il comma 1 dell'art. 1 del decreto "semplificazioni", introducendo la deroga al solo comma 2 dell'art. 36 del Codice, ristabilisce l'obbligo di rispettare i principi richiamati dal comma 1 dell'art. 36.

**d.lgs. 50/2016 - Codice dei contratti pubblici**

**Art. 30 Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni**

1. L'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni, ai sensi del presente codice garantisce la qualità delle prestazioni e si svolge nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza. Nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice. Il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico.

2. Le stazioni appaltanti non possono limitare in alcun modo artificialmente la concorrenza allo scopo di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici o, nelle procedure di aggiudicazione delle concessioni, compresa la stima del valore, taluni lavori, forniture o servizi.

**Modalità operative per la formazione degli elenchi<sup>1</sup> degli operatori economici<sup>2</sup>** - La stazione appaltante, che durante l'anno procede all'acquisizione di determinati lavori in

---

<sup>1</sup> Piuttosto che di elenco al singolare è preferibile parlare di elenchi, in quanto ogni elenco deve essere inteso afferente alla singola categoria e classifica (in sostanza, laddove abbiamo due o più distinte categorie di lavorazione, ad esempio OG1 e OG3, a sua volta suddivise secondo la classifica di valore, è più appropriato considerarli elenchi diversi)

<sup>2</sup> La presente parte è stata elaborata sulla base delle diverse esperienze acquisite presso le stazioni appaltanti nonché tenendo conto delle Linee Guida Anac n. 4 e dello schema di nuovo Regolamento di esecuzione dei contratti, tutt'ora in itinere. Inoltre, per facilità, si è preso in considerazione solo le procedure di affidamento dei lavori, ma con alcuni accorgimenti, il modello proposto può essere senz'altro replicato anche per i servizi e forniture.

modo ripetitivo e continuativo<sup>3</sup>, dovrebbe dotarsi di un regolamento attraverso il quale rendere accessibili le informazioni per la costituzione degli elenchi degli operatori economici.

Tale regolamento dovrebbe stabilire, nell'ordine:

1. la volontà di dotarsi di uno o più elenchi di operatori economici qualificati di validità annuale;
2. il termine entro il quale viene pubblicato, annualmente, l'avviso per la costituzione degli elenchi annuali degli operatori economici;
3. il carattere "aperto" degli elenchi, nel senso che oltre il termine di scadenza, stabilito nell'Avviso, per la presentazione della domanda di inclusione, tutte le altre richieste saranno comunque inserite negli elenchi;
4. la tipologia di elenchi suddivisi per categorie prevalenti di lavorazioni (generali e specializzate) e secondo le classi di importo;
5. la specificazione che i principi di cui all'art. 30 c. 1 sono da intendersi applicabili ai singoli elenchi suddivisi per categorie e classifiche;
6. l'obbligo per la stazione appaltante di indicare la tipologia e il numero di appalti annuali per i quali ci si intende avvalere degli elenchi per la procedura di affidamento.

**La fase di formazione degli elenchi** - All'esito dell'avviso pubblico, le richieste degli operatori economici pervenute entro il termine stabilito, corredate da attestazione circa il possesso dei requisiti di qualificazione, saranno inserite, secondo l'ordine di arrivo, nella banca dati (anagrafica). Nel giorno indicato nell'avviso, si procederà a formare le liste di priorità per singolo elenco mediante sorteggio casuale pubblico. Gli inviti a presentare l'offerta seguiranno l'ordine di priorità così stabilito. Una volta formate le liste di priorità, le eventuali richieste che dovessero pervenire oltre il termine di scadenza, e comunque entro l'anno di riferimento, saranno inserite in coda ad ogni singolo elenco. Le liste di priorità, al fine di evitare il formarsi di cartelli che potrebbero condizionare e influenzare l'esito finale della procedura di affidamento, saranno rese pubbliche solo dopo l'esito della procedura di affidamento. In caso di raggruppamenti o consorzi, nella domanda di inclusione negli elenchi, gli operatori economici dovranno indicare le ulteriori richieste inoltrate come imprese singole.

**La fase di gestione degli elenchi** - Una volta che si manifesta l'esigenza di affidare un lavoro, si provvederà ad inoltrare l'invito a presentare offerta agli operatori economici secondo l'ordine cronologico indicato nelle liste di priorità escludendo la partecipazione contemporanea di raggruppamenti e/o consorzi e singole imprese facenti parte dell'associazione.

---

<sup>3</sup> Il ricorso ad elenchi di operatori economici risulta significativo e può rappresentare una opportunità di snellimento e accelerazione solo a condizione che determinati approvvigionamenti si ripetono in modo costante e continuativo durante tutto l'anno. Per affidamenti "spot" è preferibile ricorrere alle indagini di mercato mediante avvisi pubblici.

N.B. L'invito a presentare un'offerta dovrà essere inoltrato singolarmente ad ogni operatore economico. È necessario garantire in ogni caso l'imparzialità della procedura evitando che i concorrenti possano sapere chi sono gli altri soggetti invitati alla medesima procedura.

In fase di presentazione dell'offerta si procederà a verificare il possesso dei requisiti generale e di quelli specifici. Esperita la procedura si pubblicherà l'esito complessivo delle imprese invitate e quella aggiudicataria. Per la successiva procedura negoziata, e per la medesima categoria di lavori, si procederà ad inoltrare l'invito al secondo gruppo di operatori economici attingendo sempre alle liste di priorità. Con la medesima modalità si procederà per le successive procedure.

L'applicazione del principio di rotazione degli inviti, nel caso di elenchi precostituiti di operatori economici, presuppone lo scorrimento, per gruppi, delle imprese. Attraverso un semplice software è possibile gestire facilmente gli elenchi degli operatori economici, eliminando o riducendo l'apporto manuale tanto nella fase di costituzione che nella fase di gestione degli elenchi.

### 3.5. La clausola sociale nel sottosoglia

**Altra novità intervenuta in sede di conversione riguarda una modifica "definitiva" per le procedure sottosoglia, per le quali l'inserimento delle previsioni relative alla cd. clausola sociale, di cui all'art. 50 del Codice dei contratti non costituisce più una opzione ma un obbligo. L'art. 8, comma 5 della legge 120/2020 vede infatti ora introdotto la lettera 0a-bis) la quale prevede che "all'articolo 36, comma 1, le parole: « Le stazioni appaltanti possono, altresì, applicare le disposizioni di cui all'articolo 50 » sono sostituite dalle seguenti: « Le stazioni appaltanti applicano le disposizioni di cui all'articolo 50 »**

Le stazioni appaltanti possono fare riferimento, per l'applicazione della clausola sociale, alle Linee-guida Anac n. 13, che recepiscono le consolidate interpretazioni della giurisprudenza della Corte di Giustizia Ue e dei giudici amministrativi nazionali

## CAPITOLO 4. Gli affidamenti sopra soglia

### 4.1. Oggetto e finalità della norma

**Obiettivi della disposizione** - La finalità della norma viene individuata non solo nell'art. 1 del decreto ma anche nel comma introduttivo dell'art. 2 della stessa normativa. Si tratta ovviamente “*di incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici*” e ovviamente di fare “*fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale del COVID-19*”.

Per il perseguimento di tali scopi si è pensato, con questo decreto, di introdurre delle deroghe che in alcuni casi fungono da modifiche sostanziali al codice dei contratti pubblici, prima fra tutte il contingentamento delle procedure di affidamento, almeno fino al **31.12.2021, termine introdotto dalla legge di conversione**. Infatti, l'aggiudicazione o l'individuazione definitiva del contraente deve avvenire entro il termine di sei mesi dalla data di adozione dell'atto di avvio del procedimento (es. determina a contrarre).

La norma incide sulle procedure di appalto attuate entro il citato periodo (**31.12.2021**) per lavori, servizi, forniture e servizi di architettura e ingegneria (progettazione, direzione etc.).

***L'aggiudicazione o l'individuazione definitiva del contraente deve avvenire entro il termine di sei mesi dalla data di adozione dell'atto di avvio del procedimento (es. determina a contrarre).***

### 4.2. Procedure di affidamento

**Utilizzo delle procedure ordinarie** - Per gli affidamenti di appalti di lavori, servizi e forniture nonché per le attività inerenti i servizi tecnici, il cui importo del contratto sia superiore alla soglia di rilevanza comunitaria, trovano applicazione le procedure aperte, ristrette, competitive con negoziazione (con motivazioni circa i presupposti) **o il dialogo competitivo**, con le riduzioni dei termini procedurali per ragioni di urgenza, le quali erano già previste dal Codice (art. 60, comma 3, art. 61, comma 6, art. 74, commi 2 e 3). In questo caso diventano termini ordinari in sostituzione di quelli precedenti.

Il legislatore, con il comma 3, ha stabilito di dare ancora un ulteriore impulso alla semplificazione delle procedure introducendo una deroga al codice che stabilisce che la procedura negoziata (ex art. 63 ed ex art. 125), con invito a 5 operatori economici, possa trovare applicazione per gli affidamenti di lavori, servizi, forniture e servizi tecnici anche per il sopra soglia comunitario. **La legge di conversione ha chiarito ulteriormente la necessità di una procedura di affidamento “mediata” attraverso invito, precisando l'esigenza di pubblicazione di un avviso (o di altro atto equivalente) e l'applicazione del principio di rotazione delle opportunità.**

Ovviamente il decreto lega questa deroga a una robusta motivazione la quale dimostri che: a) l'estrema urgenza sia cagionata direttamente dagli effetti della pandemia ovvero dal periodo di sospensione delle attività dovute per contenere la stessa pandemia, b) che i



termini per le procedure già ridotti dal comma precedente non possono comunque essere rispettati. Quindi in questo caso tale procedura deve essere considerata straordinaria e legata a filo doppio a una congrua motivazione.

**La conversione in legge del decreto ha previsto la procedura di affidamento negoziato “ad hoc” per alcune tipologie di imprenditori. Si tratta di uno scivolo per quegli operatori economici che in attuazione di accordi di programma per la bonifica ambientale di siti inquinati hanno necessità di procedere ad affidamento di appalti di lavori, servizi e forniture in quanto destinatari di risorse pubbliche. In questo caso è possibile procedere all'affidamento a mezzo di procedure negoziate ex art. 63 per appalti di lavori, servizi e forniture sopra soglia comunitaria qualora gli imprenditori oltre ad essere stati individuati a mezzo di accordo di programma (ex art. 252bis del D.lgs n. 152/2006) abbiano la sede operativa in un'area definita quale di preesistente crisi industriale complessa.**

*Il legislatore ha stabilito di dare ancora un ulteriore impulso alla semplificazione delle procedure introducendo una deroga al Codice che stabilisce che la procedura negoziata (ex art. 63 ed ex art. 125), con invito a 5 operatori economici, possa trovare applicazione per gli affidamenti di lavori, servizi, forniture e servizi tecnici anche per il sopra soglia comunitaria.*

#### **4.3. Procedure speciali per appalti strategici**

**Procedure speciali (deroghe procedurali)** - Particolarmente dirimpente sembra il comma 4 dell'art. 2. Qui il decreto prevede che per le opere funzionali alla ripresa dell'economia nazionale dopo l'avvento della pandemia si applichi una procedura speciale. I settori di riferimento sono quelli dell'edilizia (scolastica, universitaria, sanitaria, **giudiziaria e penitenziaria**), delle infrastrutture (**attività di ricerca scientifica**, sicurezza pubblica, trasporti e strade, ferrovie, porti, aeroporti), delle infrastrutture lacuali e idriche, degli interventi inseriti nei contratti di programma ANAS-Mit 2016-2020 e RFI-Mit 2017-2021 e relativi aggiornamenti nonché degli interventi funzionali alla realizzazione **del Piano nazionale integrato per l'energia e il clima (PNIEC)**, e per i contratti relativi o collegati ad essi.

**Con una scelta di tecnica legislativa che lascia perplessi la legge di conversione ha previsto l'aggiunta di un periodo al comma 4 che inserisce tra le opere oggetto delle procedure speciali anche gli interventi di “messa a norma o in sicurezza degli edifici pubblici destinati ad attività istituzionali”**

La stessa procedura speciale si applica anche nei casi delle procedure negoziate sopra soglia comunitaria di cui al comma precedente.

La procedura speciale che è stata concepita dal nostro legislatore si basa, come è evidente, sul modello del decreto “Genova” per il ponte “Morandi”. Infatti, il decreto “semplificazioni” stabilisce che per queste opere pubbliche, strategiche per la ripresa nazionale, le stazioni appaltanti per gli affidamenti degli appalti di lavori, servizi, forniture

nonché per le attività di progettazione, ma anche per la fase di esecuzione dei relativi contratti *“operano in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale”*.

**La precisazione operata in sede di conversione dalla norma con l’aggiunta del comma 2bis al decreto sembra però pleonastica. Infatti, il legislatore ha voluto precisare ulteriormente quanto già previsto dall’art. 48, comma 11, del Codice e cioè la possibilità per gli operatori economici di presentare la propria offerta, nelle procedure negoziate o ristrette, a mezzo di raggruppamenti temporanei.**

**Elementi di salvaguardia** - La portata molto ampia di detta norma viene, in qualche modo, equilibrata dal successivo periodo che fa salve alcune disposizioni che dovranno essere in ogni caso rispettate. Si tratta di norme inserite nel Codice delle leggi antimafia (D.lgs. n. 159/2011), le direttive europee sugli appalti pubblici (*direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE*), i principi per l’aggiudicazione e l’esecuzione di appalti e concessioni (*art. 30, Codice contratti pubblici*), i criteri di sostenibilità energetica e ambientale (*art. 34, Codice contratti pubblici*), le norme sui conflitti di interesse (*art. 42 Codice contratti pubblici*). A queste vanno aggiunte le norme sul subappalto previste dall’art. 105 del D.lgs. n. 50/2016.

**Il decreto “semplificazioni” stabilisce che per alcune opere pubbliche, strategiche per la ripresa nazionale, le stazioni appaltanti per gli affidamenti degli appalti di lavori, servizi, forniture nonché per le attività di progettazione, ma anche per la fase di esecuzione dei relativi contratti *“operano in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale”***

#### **4.4. Responsabilità del Rup e trasparenza**

**Ruolo del Rup nelle procedure derogatorie** - Il comma 1 dell’art. 2 responsabilizza evidentemente il ruolo del responsabile unico del procedimento. Difatti, il mancato rispetto dei termini previsti (sei mesi), la mancata tempestiva stipulazione del contratto e il tardivo avvio dell’esecuzione dello stesso possono essere valutati ai fini della responsabilità erariale del Rup. Si tratta in questo caso comunque di una generica quanto astratta possibilità in quanto tale responsabilità deve poi essere rapportata all’affettivo e quantificato danno erariale che si è prodotto.

Ma anche il comma 5 con la sua forza derogatrice e innovativa responsabilizza e, al contempo, valorizza il ruolo del responsabile unico del procedimento. Sembrerebbe che in assenza di specifica disposizione, debba provvedere in maniera autonoma all’approvazione e validazione dei progetti per tutte le procedure riguardanti il sopra soglia (e quindi l’intero art. 2).

In virtù del generico potere derogatorio stabilito dal comma 4 dell’articolo 2 per gli appalti al di sopra della soglia comunitaria il Rup sarà tenuto anche verificare i progetti, in deroga alle soglie previste per i procedimenti di verifica e validazione (art. 26 Codice contratti). Ma c’è di più. Lo stesso potere derogatorio potrebbe attribuire al Rup la possibilità di approvare le progettazioni senza chiedere pareri a organismi ed enti sovracomunali, anche in fase di esecuzione del contratto di appalto.

Ovviamente niente impedisce al Rup, per le attività di cui trattasi, di ricorrere (art. 31, commi 7 e 11 del D.lgs n. 50/2016) all'affidamento di incarichi di supporto in materia tecnica, giuridico-amministrativa, legale. Tutto questo al fine di creare uno staff tecnico-amministrativo che possa essere composto da personale specializzato nelle materie oggetto dei pareri non più necessari.

Il comma 6 chiude l'art. 2 indicando le modalità di pubblicazione degli atti. Precisa che tutti gli atti adottati dalle stazioni appaltanti ai fini del presente articolo sono soggetti, tra l'altro, al cd. *accesso civico generalizzato* stabilito dal D.lgs n. 33/2013. Per attuare la secretazione degli atti di cui alle procedure per l'affidamento dei contratti nei settori specifici, quali sicurezza e difesa, c'è bisogno di una motivazione specifica e solo in casi di stretta necessità.

***Il comma 1 dell'art. 2 responsabilizza evidentemente il ruolo del responsabile unico del procedimento. Difatti, il mancato rispetto dei termini previsti (sei mesi), la mancata tempestiva stipulazione del contratto e il tardivo avvio dell'esecuzione dello stesso possono essere valutati ai fini della responsabilità erariale del Rup.***

## **CAPITOLO 5. Elementi di deroga per le procedure negoziate e per le procedure che hanno oggetto appalti in particolari settori**

### **5.1. Le deroghe nelle procedure sopra soglia**

**Deroghe di procedura** - Il quadro normativo delineato dall'art. 2 del d.l. n. 76/2020 prefigura (come evidenziato nei precedenti capitoli 2 e 4) sia l'utilizzo del particolare percorso della procedura negoziata senza bando (stabilendo una motivazione *ex lege*, connessa alla particolare situazione post-emergenziale, per l'utilizzo della stessa) sia la possibilità di derogare a molte disposizioni del Codice dei contratti pubblici quando la procedura sia sviluppata in forza dell'art. 63 o in relazione a particolari settori di intervento. Le stazioni appaltanti, nell'area sopra soglia, possono quindi fare ricorso anche alle procedure negoziate senza pubblicazione di bando, in base all'art. 63 del Codice, nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza determinate dagli effetti negativi della crisi causata dal COVID-19, qualora non sia possibile rispettare i termini (ridotti) per le procedure aperte o ristrette. La prefigurazione delle ragioni di estrema urgenza (correlate agli effetti della crisi sanitaria) connota la procedura negoziata con riferimento al modulo prefigurato dal comma 2, lett. c) dell'art. 63, cui si combina necessariamente il format del comma 6 della stessa disposizione, che prevede il confronto competitivo con invito ad almeno cinque operatori, individuati mediante indagine di mercato o estrazione da elenchi.

La prospettiva di sviluppo particolare si combina anche con alcune previsioni contenute nell'art. 8 del decreto "semplificazioni", correlate alla particolare situazione di presupposto della normativa) e costituisce modulo utilizzabile non "ordinariamente", ma a fronte dell'impossibilità di fare ricorso alle procedure ordinarie, per tempistiche di acquisizione molto ridotte, seguendo lo schema prefigurato dalla Commissione Ue nelle sue Comunicazioni relative all'applicazione delle direttive nelle procedure di affidamento di appalti durante il periodo emergenziale.

**In sede di legge di conversione, l'utilizzo della procedura negoziata senza pubblicazione di bando è stato esteso anche agli affidamenti di lavori, servizi e forniture nei confronti di operatori economici che abbiano stipulato accordi di programma con amministrazioni pubbliche nell'ambito di progetti di riconversione e di riqualificazione produttiva di aree di crisi industriale complessa, adottati in base all'art. 27 del d.l. n. 83/2012, conv. in l. n. 134/2012.**

### **5.2. Spazi procedurali nei quali possono intervenire le deroghe**

**Deroghe relative all'applicazione di disposizioni procedurali** - Le procedure negoziate senza pubblicazione di bando, con confronto competitivo, indette in base al comma 3 dell'art. 2 del d.l. n. 76/2020 possono peraltro essere sviluppate con ampie deroghe procedurali, dovendo rispettare alcuni elementi essenziali in rapporto alle varie fasi.

Le deroghe procedurali consentono alle SA di impostare le procedure con soluzioni ampiamente facilitative, ad esempio sia con riferimento ai termini sia con riguardo alla scelta del criterio di aggiudicazione sia con riferimento allo sviluppo delle attività di verifica dell'anomalia delle offerte.

**d.l. 76/2020 - Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale  
Art. 2 Procedure per l'incentivazione degli investimenti pubblici durante il  
periodo emergenziale in relazione all'aggiudicazione dei contratti  
pubblici sopra soglia**

(...)

c 4. Nei casi di cui al comma 3 e 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, ivi compresi gli interventi inseriti nei contratti di programma ANAS-Mit 2016-2020 e RFI-Mit 2017 – 2021 e relativi aggiornamenti, nonché **per gli interventi funzionali alla realizzazione del Piano nazionale integrato per l'energia e il clima (PNIEC)**, e per i contratti relativi o collegati ad essi, per quanto non espressamente disciplinato dal presente articolo, le stazioni appaltanti, per l'affidamento delle attività di esecuzione di lavori, servizi e forniture nonché dei servizi di ingegneria e architettura, inclusa l'attività di progettazione, e per l'esecuzione dei relativi contratti, operano in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre

2011, n. 159, nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, ivi inclusi quelli derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE, dei principi di cui agli articoli 30, 34 e 42 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e delle disposizioni in materia di subappalto. **Tali disposizioni si applicano, altresì, agli interventi per la messa a norma o in sicurezza degli edifici pubblici destinati ad attività istituzionali, al fine di sostenere le imprese ed i professionisti del comparto edile, anche operanti nell'edilizia specializzata sui beni vincolati dal punto di vista culturale o paesaggistico, nonché di recuperare e valorizzare il patrimonio esistente.**

**Ambito applicativo delle deroghe** - In base al comma 4 dell'art. 2 del d.l. n. 76/2020 le deroghe procedurali sono applicabili anche alle procedure di affidamento che hanno ad oggetto interventi in particolari settori (es. edilizia scolastica, edilizia sanitaria, infrastrutture stradali), secondo una logica applicativa di regolamentazione speciale. Il presupposto oggettivo determina peraltro un'applicazione del quadro derogatorio anche in caso di utilizzo di procedure aperte o ristrette.

**Analogia modulazione derogatoria in chiave oggettiva è stata introdotta in sede di conversione nella legge n. 120/2020 per gli interventi per la messa a norma o in sicurezza degli edifici pubblici destinati ad attività istituzionali, peraltro con**

**un'esplicita finalizzazione, dichiarata nel sostegno alle imprese ed ai professionisti del comparto edile, anche operanti nell'edilizia specializzata sui beni vincolati dal punto di vista culturale o paesaggistico, nonché di recuperare e valorizzare il patrimonio esistente.**

La portata della deroga riguarda tutte le tipologie di appalti, comprendendo quindi lavori, forniture di beni e servizi, compresi quelli di ingegneria e di architettura.

<b>Procedura</b>	<b>Ottimizzazioni procedurali</b>	<b>Particolarità</b>
Aperta (art. 60), Ristretta (art. 61) o competitiva con negoziazione (art. 62)	Riduzione dei termini per la presentazione delle offerte "automotivata" dalla normativa (rif.to art. 8)	Conforme a linea indicata da Commissione Ue in Comunicazione 1° aprile 2020
Negozziata con confronto comparativo (art. 63, comma 2, lett. c e comma 6)	Deroga ampia a disposizioni procedurali Codice (eccetto artt. 30, 34, 42, Principi Ue, normativa antimafia, normativa subappalto)	Obbligo di motivazione per utilizzo in caso di impossibilità utilizzo procedure ordinarie, per ragioni di estrema urgenza determinate da misure anti COVID-19
Tutte le procedure, se riferite a particolari settori (edilizia scolastica, sanitaria, infrastrutture stradali, ecc. – v. comma 4 art. 2) <b>e ad interventi per la messa a norma o in sicurezza degli edifici pubblici destinati ad attività istituzionali</b>	Deroga ampia a disposizioni procedurali Codice (eccetto artt. 30, 34, 42, Principi Ue, normativa antimafia, normativa subappalto)	Contestualizzazione rispetto a particolare settore.

**Elementi non derogabili** - La disposizione, da interpretarsi in combinazione con quanto previsto nei commi 1, 2 e 3 dell'art. 2, configura uno spazio derogatorio riferito alla sola fase dell'affidamento, non incidendo su quelle della programmazione, della progettazione e dell'esecuzione (rispetto alle quali, con singole disposizioni contenute nell'art. 8, sono definite deroghe puntuali), evidenziandosi peraltro nel dato normativo una notevole differenza da previsioni derogatorie contenute in altre norme di legge, molto più estese, come ad esempio l'art. 4 della legge n. 55/2019 sui poteri dei Commissari straordinari, il

quale, rafforzato con la riformulazione proposta dall'art. 8 del d.l. n. 76/2020, consente a tali figure di operare con ampia libertà anche nelle altre fasi di gestione dell'appalto.

Il comma 4 dell'art. 2 del decreto "semplificazioni" pone in ogni caso alcuni elementi di salvaguardia, stabilendo che deve comunque essere assicurato il rispetto:

- a) delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159;
- b) dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, ivi inclusi quelli derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE;
- c) dei principi di cui agli articoli 30, 34 e 42 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50;
- d) delle disposizioni in materia di subappalto.

In ordine alle procedure selettive, il necessario rispetto degli elementi di tutela del confronto concorrenziale determinati dall'ordinamento Ue comporta la necessaria applicazione, alle stesse, delle disposizioni delle direttive che lo salvaguardano, quali, ad esempio, le norme disciplinanti il soccorso istruttorio, l'avvalimento, la necessaria previsione di requisiti di capacità per gli operatori economici concorrenti. Peraltro la disposizione, con la formula "vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea" fa riferimento a elementi di regolamentazione afferenti anche altri settori, come, a titolo esemplificativo, la normativa in materia di trattamento dei dati personali (Regolamento Ue 679/2016).

L'ottimizzazione in base alla deroga stabilita dal comma 4 dell'art. 2 del d.l. n. 76/2020 può essere sviluppata più probabilmente su alcune disposizioni del Codice dei contratti pubblici dettagliate dal legislatore nazionale, come ad esempio quelle inerenti gli obblighi di pubblicità legale in ambito nazionale (eventualmente sostituibili con soluzioni finalizzate ad assicurare comunque il rispetto del principio di adeguata pubblicità della singola procedura, in rapporto all'importanza economica dell'appalto oggetto della stessa) e quelle prefigurative delle regole di applicazione dei criteri di valutazione. Il necessario rispetto dell'art. 34 del d.lgs. n. 50/2016 determina l'applicazione dei criteri ambientali minimi (CAM) sia con riferimento agli elementi specificativi dell'appalto sia con riguardo ai criteri di valutazione. Analogamente, il richiamo all'art. 30 del Codice dei contratti pubblici comporta non solo l'esplicitazione del necessario sviluppo delle procedure nel rispetto dei principi attuativi di quello di concorrenza, ma obbliga le stazioni appaltanti ad immettere negli appalti tutte le garanzie previste dalla stessa disposizione, a partire da quelle inerenti il rispetto della normativa in materia di lavoro e dei contratti collettivi da parte degli operatori economici concorrenti. Le deroghe del comma 4 dell'art. 2 del decreto "semplificazioni" non sono estensibili alle disposizioni che regolano fasi esterne a quella di affidamento, tra cui rientrano le norme inerenti l'esercizio del diritto di accesso, nonché quelle regolative dei procedimenti contabili connessi alle acquisizioni di lavori, servizi e forniture.

### **5.3. Procedure derogate e RTI**

In sede di conversione, il legislatore ha altresì introdotto l'Articolo 2-bis, rubricato "Raggruppamenti temporanei di imprese" il quale prevede che **"1. Alle procedure di**

***affidamento di cui agli articoli 1 e 2 gli operatori economici possono partecipare anche in forma di raggruppamenti temporanei di cui all'articolo 3, comma 1, lettera u), del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50".***

La norma conferma la facoltà, prevista a regime nel Codice dei contratti dall'art. 48, comma 11 che l'operatore economico invitato individualmente, o il candidato ammesso individualmente nella procedura di dialogo competitivo, ha la facoltà di presentare offerta o di trattare per sé o quale mandatario di operatori riuniti.



## **CAPITOLO 6. Le nuove disposizioni in materia di normativa antimafia**

### **6.1. Finalità dell'intervento**

**Obiettivi della disposizione** – La legge 120/2020, di conversione del d.l. “Semplificazioni” si connota come un ulteriore intervento “a tempo” del legislatore, volto a ridurre, e in alcuni casi addirittura ad azzerare, i tempi procedurali connessi al completamento delle verifiche e all’acquisizione della documentazione antimafia, pur nel rispetto delle cautele necessarie per arginare ogni rischio di infiltrazione delle organizzazioni criminali nelle procedure di assegnazione di fondi o di affidamento di contratti pubblici. Vengono in ogni caso fatte salve le misure semplificatorie già adottate con i decreti legge n. 23/2020 e n. 34/2020.

### **6.2. La documentazione antimafia attuale**

**Quadro di riferimento consolidato (d.lgs. n. 159/2011)** - Il sistema della documentazione antimafia è ad oggi incentrato, a seconda degli importi e della tipologia di provvedimento richiesto alla Pubblica amministrazione, sulla comunicazione e sull’informativa antimafia (art. 84 del d.lgs. 159/2011 contenente il Codice antimafia) acquisibili unicamente previo accesso alla Banca Dati Nazionale Antimafia (BDNA), prevista dall’art. 96 del citato codice; l’acquisizione della documentazione è volta a verificare rispettivamente l’assenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto, riportate nell’art. 67 del Codice antimafia, e, oltre a quanto previsto per la comunicazione, l’inesistenza di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa nei confronti del soggetto, persona fisica o giuridica, oggetto del beneficio o contraente con la parte pubblica. Prima dell’intervento del decreto “semplificazioni”, per poter erogare una somma o stipulare un contratto, nel caso di soggetti non censiti per i quali quindi non vi fosse, con l’accesso alla BDNA l’effetto immediato del rilascio della liberatoria antimafia, occorreva attendere lo spirare del termine di 30 giorni per la conclusione delle verifiche da parte della competente Prefettura o per l’acquisizione, allo spirare del termine, dell’autorizzazione implicita alla prosecuzione dell’iter amministrativo (in caso di richiesta di informativa il Prefetto poteva usufruire di ulteriori 45 giorni per la conclusione di indagini di particolare complessità). Nel caso di erogazioni per le quali fosse necessaria l’acquisizione dell’informativa, l’art. 92, comma 5 del d.lgs. 159/2011 prevedeva comunque la possibilità per i soggetti eroganti di differire le erogazioni fino alla formale acquisizione della liberatoria.

In caso di urgenza o di rinnovi, o nel caso fossero inutilmente trascorsi i termini per il rilascio della documentazione antimafia, la stipula dei contratti, i rinnovi di provvedimenti già disposti o le erogazioni potevano essere effettuati sulla base di una autocertificazione (cfr. art. 89 e art. 92, comma 3 del codice antimafia), previo inserimento negli atti di una condizione risolutiva connessa agli esiti definitivi degli accertamenti antimafia.

### **6.3. Le novità nelle verifiche per erogazione di fondi o altre agevolazioni**

**Elementi innovativi e derogatori** - Il legislatore della legge di semplificazione dispone invece, con l'art. 3, comma 1, che, fino **al 31 dicembre 2021**, in caso di istanze di parte volte all'erogazione di somme o benefici economici, ricorra sempre l'ipotesi dell'urgenza qualora, a seguito dell'accesso alla BDNA, non vi sia il rilascio immediato della liberatoria e che pertanto, ai sensi dell'art. 92, co. 3 del Codice antimafia, i contributi, i finanziamenti, le agevolazioni e le altre erogazioni siano corrisposti sotto condizione risolutiva; in questi casi potrebbe risultare opportuno, per la Pubblica amministrazione erogante, acquisire forme di garanzie per il recupero delle somme che dovessero risultare successivamente come illegittimamente percepite.

### **6.4. L'informativa liberatoria per i contratti pubblici**

**Informativa liberatoria** - Per quanto riguarda l'acquisizione della documentazione per le verifiche antimafia finalizzate all'affidamento e alla stipulazione dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, sempre fino **al 31 dicembre 2021**, l'art. 3, comma 2, d.l. n. 76 del 2020 prevede che il rilascio della informativa liberatoria provvisoria, sia immediatamente conseguente alla consultazione della BDNA; con tale liberatoria si potrà procedere a stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti, sottoposti in ogni caso a condizione risolutiva, in quanto i successivi approfondimenti o le indagini, atti al rilascio della documentazione antimafia "definitiva", dovranno completarsi entro i successivi **sessanta giorni**. Costituisce novità assoluta in materia la nuova disposizione che prevede il possibile rilascio dell'informativa liberatoria **anche** nei confronti dei soggetti che non risultano censiti nella citata BDNA.

### **6.5. Protocolli di legalità ed esclusioni**

**Regole per i protocolli di legalità** - Non costituisce viceversa una novità assoluta la previsione della legittimità di ipotesi di esclusione collegate al mancato rispetto (o alla mancata sottoscrizione in sede di offerta) dei "Protocolli di legalità", fattispecie definitivamente introdotta con la l. 190/2012 e ampiamente diffusa nelle norme regolamentari adottate dalle Pubbliche amministrazioni nell'ambito dei Piani per la trasparenza e anticorruzione. **In sede di conversione, il legislatore ha previsto che tali protocolli possano essere sottoscritti anche con le organizzazioni sindacali.**

Sulle specifiche ipotesi escludenti si era espressa anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Sentenza del 22 ottobre 2015 nella causa C-425/14, in merito all'applicazione dell'art. 1, comma 17, della L. 06 novembre 2012, n. 190) che aveva concluso per la piena conformità al diritto dell'Unione, e ai principi comunitari in materia di contratti pubblici, della previsione, inserita nei bandi di gara, dell'esclusione automatica di un candidato o di un offerente che non avesse formalizzato, all'atto della presentazione dell'offerta, l'impegno al rispetto del protocollo, e le conseguenti dovute dichiarazioni, previste nel protocollo

medesimo, riconoscendone la proporzionalità rispetto alla finalità del contrasto ai tentativi di infiltrazione delle organizzazioni criminali nel settore dei contratti pubblici.

**Profili connessi all'esclusione in caso di mancato rispetto dei protocolli** - Tuttavia, l'ipotesi espulsiva oggi prevista dalla norma della legge di "Semplificazione" appare di difficile attuazione nella misura in cui le trasgressioni ai Protocolli potrebbero intervenire nella successiva fase di esecuzione del contratto, e quindi determinare, come oggi avviene, più che l'esclusione dell'operatore economico, la possibile risoluzione del contratto per grave inadempimento.

In realtà la sanzione espulsiva già in fase di gara potrebbe materializzarsi laddove, a seguito di specifico richiamo del protocollo, e delle sue regole, nella disciplina di gara, e a prescindere dalla formale accettazione dello stesso da parte dell'operatore economico partecipante (accettazione che deriverebbe implicitamente dalla scelta fatta dall'impresa di partecipare alla gara) , già in fase di ammissione emergano atti o fatti gravi, precisi e concordanti che testimonino il diverso e illecito comportamento del concorrente, sì da poterne determinare l'immediata esclusione dalle fasi successive della gara.

Ma l'utilizzo dell'espressione al plurale "violazione **dei Protocolli** di legalità", sembra aprire anche alla diversa ipotesi interpretativa che la norma autorizzi le stazioni appaltanti ad escludere, in maniera diretta, gli operatori economici che, in precedenti rapporti contrattuali, anche relativi ad altre stazioni appaltanti, si siano resi colpevoli di inadempimenti ai suddetti protocolli, formalmente contestati dal committente pubblico, e che abbiano portato alla risoluzione del contratto, con provvedimento o decisione divenuta definitiva.

## **6.6. Equipollenza tra iscrizione negli elenchi e rilascio dell'informativa antimafia**

**Novità sulle white list** - Altra novità semplificatoria è costituita dall'inserimento, ad opera della legge sulle "Semplificazioni", di una modifica diretta al codice antimafia, modifica che estende l'equipollenza dell'iscrizione negli elenchi dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa, di cui all'articolo 1, comma 52, della legge 6 novembre 2012, n. 190 (white list) e di quelli inseriti negli albi di cui all'articolo 30 del decreto legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229 (esecutori dei lavori riferiti al sisma del 2016) al rilascio dell'informativa antimafia in tutti i casi in cui l'informativa stessa sia richiesta.

Sul punto l'Anac si era già espressa sottolineando le criticità collegate al ritardo con il quale le Prefetture riescono a procedere agli aggiornamenti di tali elenchi a seguito di evidenze a carico degli operatori economici già iscritti. E anche il procuratore antimafia Federico Cafiero de Raho, nell'audizione in Senato sul decreto "semplificazioni" aveva rilevato, sugli effetti della liberatoria immediata e sui tempi per le prefetture per inibirne gli effetti, che "una limitazione temporale così esigua impedisce al Prefetto di svolgere gli adeguati approfondimenti su tutti i soggetti da verificare e sembra legittimare un controllo soltanto formale"; critiche in parte accolte con l'allungamento a sessanta giorni dei tempi per il completamento delle istruttorie operato in sede di conversione.

Data la specialità della norma non si ritiene che gli effetti dell'equipollenza si estendano anche a favore degli operatori che hanno semplicemente presentato domanda di iscrizione nelle ccdd. white list.

#### **d.l. 76/2020 - Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale**

##### **Art. 3 Verifiche antimafia e protocolli di legalità**

1. Al fine di potenziare e semplificare il sistema delle verifiche antimafia per corrispondere con efficacia e celerità alle esigenze degli interventi di sostegno e rilancio del sistema economico-produttivo conseguenti all'emergenza sanitaria globale del COVID-19, **fino al 31 dicembre 2021**, ricorre sempre il caso d'urgenza e si procede ai sensi dell'articolo 92, comma 3, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, nei procedimenti avviati su istanza di parte, che hanno ad oggetto l'erogazione di benefici economici comunque denominati, erogazioni, contributi, sovvenzioni, finanziamenti, prestiti, agevolazioni e pagamenti da parte di pubbliche amministrazioni, qualora il rilascio della documentazione non sia immediatamente conseguente alla consultazione della banca dati di cui all'articolo 96 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, fatto salvo quanto previsto dagli articoli 1-bis e 13 del decreto legge 8 aprile 2020, n. 23, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 giugno 2020, n. 40, nonché dagli articoli 25, 26 e 27 del decreto legge 19 maggio 2020, n.34.

2. Fino al **31 dicembre 2021**, per le verifiche antimafia riguardanti l'affidamento e l'esecuzione dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, si procede mediante il rilascio della informativa liberatoria provvisoria, immediatamente conseguente alla consultazione della Banca dati nazionale unica della documentazione antimafia ed alle risultanze delle banche dati di cui al comma 3, anche quando l'accertamento è eseguito per un soggetto che risulti non censito, a condizione che non emergano nei confronti dei soggetti sottoposti alle verifiche antimafia le situazioni di cui agli articoli 67 e 84, comma 4, lettere a), b) e c), del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159. L'informativa liberatoria provvisoria consente di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture, sotto condizione risolutiva, **ferme** restando le ulteriori verifiche ai fini del rilascio della documentazione antimafia da completarsi entro **sessanta** giorni.

3. Al fine di rafforzare l'effettività e la tempestività degli accertamenti di cui ai commi 1 e 2, si procede mediante la consultazione della banca dati nazionale unica della documentazione antimafia nonché tramite l'immediata acquisizione degli esiti delle interrogazioni di tutte le ulteriori banche dati disponibili.

4. Nei casi di cui al comma 2, qualora la documentazione successivamente pervenuta accerti la sussistenza di una delle cause interdittive ai sensi del decreto legislativo 6 settembre 2011, n.159, i soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, del medesimo decreto legislativo recedono dai contratti, **fatti salvi** il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità' conseguite fermo restando quanto previsto dall'articolo 94, commi 3 e 4, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, e dall'articolo 32, comma 10, del

decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114.

5. Con decreto del Ministro dell'interno, da adottare entro quindici giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, possono essere individuate ulteriori misure di semplificazione relativamente alla competenza delle Prefetture in materia di rilascio della documentazione antimafia ed ai connessi adempimenti.

6. Per quanto non espressamente disciplinato dai commi da 1 a 5, si applicano le disposizioni del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159.

7. Al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, dopo l'articolo 83 è inserito il seguente:

**Art. 83-bis Protocolli di legalità**

1. Il Ministero dell'interno può sottoscrivere protocolli, o altre intese comunque denominate, per la prevenzione e il contrasto dei fenomeni di criminalità organizzata, anche allo scopo di estendere convenzionalmente il ricorso alla documentazione antimafia di cui all'articolo 84. I protocolli di cui al presente articolo possono essere sottoscritti anche con imprese di rilevanza strategica per l'economia nazionale nonché con associazioni maggiormente rappresentative a livello nazionale di categorie produttive, economiche o imprenditoriali **e con le organizzazioni sindacali**, e possono prevedere modalità per il rilascio della documentazione antimafia anche su richiesta di soggetti privati, nonché determinare le soglie di valore al di sopra delle quali è prevista l'attivazione degli obblighi previsti dai protocolli medesimi. I protocolli possono prevedere l'applicabilità delle previsioni del presente decreto anche nei rapporti tra contraenti, pubblici o privati, e terzi, nonché tra aderenti alle associazioni contraenti e terzi.

2. L'iscrizione nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori di cui all'articolo 1, commi 52 e seguenti, della legge 6 novembre 2012, n. 190, nonché l'iscrizione nell'anagrafe antimafia degli esecutori istituita dall'articolo 30 del decreto legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229, equivale al rilascio dell'informazione antimafia.

3. Le stazioni appaltanti prevedono negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il mancato rispetto dei protocolli di legalità costituisce causa di esclusione dalla gara o di risoluzione del contratto.

## CAPITOLO 7. Le disposizioni transitorie incidenti sulle procedure di affidamento e sull'esecuzione dei contratti - le novità relative alle procedure in corso di esecuzione e in corso di indizione

### 7.1. La consegna in via d'urgenza

**Consegna e esecuzione in via d'urgenza** - L'articolo 8 del decreto "Semplificazioni" (Legge conversione n. 120/2020) contiene una serie di disposizioni urgenti, temporanee e derogatorie, che riguardano diversi profili, sia procedurali che relativi alla fase di esecuzione del contratto, finalizzati alla mitigazione degli effetti derivanti dalla diffusione del contagio da COVID-19,

In particolare l'art. 8 comma 1 lett. a) dispone che:

*"In relazione alle procedure pendenti disciplinate dal decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, i cui bandi o avvisi, con i quali si indice una gara, sono già stati pubblicati alla data di entrata in vigore del presente decreto, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure in cui, alla medesima data, siano già stati inviati gli inviti a presentare le offerte o i preventivi, ma non siano scaduti i relativi termini, e in ogni caso per le procedure disciplinate dal medesimo decreto legislativo avviate a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino alla data **del 31 dicembre 2021** :*

*a) è sempre autorizzata la consegna dei lavori in via di urgenza e, nel caso di servizi e forniture, l'esecuzione del contratto in via d'urgenza ai sensi dell'articolo 32, comma 8, del decreto legislativo n. 50 del 2016, **nelle more della verifica dei requisiti di cui all'articolo 80 del medesimo decreto legislativo, nonché dei requisiti di qualificazione previsti per la partecipazione alla procedura;**"*

Utilizzo ampio - La disposizione emanata prevede, dunque, una generalizzata autorizzazione a procedere alla consegna di lavori, servizi e forniture in via d'urgenza, ovvero prima della stipula del contratto, superando, transitoriamente, le limitazioni previste dall'articolo 32, comma 8 del d.lgs. 50/2016 (eventi oggettivamente imprevedibili per ovviare a situazioni di pericolo per persone, animali o cose o per l'igiene e la salute pubblica ovvero per il patrimonio storico, artistico e culturale; nei casi in cui la mancata esecuzione immediata delle prestazioni determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico, compresa la perdita di finanziamenti comunitari).

La disposizione introdotta presuppone la possibilità di procedere, **inoltre**, in via d'urgenza **nelle more delle verifiche dei requisiti di cui all'art. 80 del d.lgs. 50/2016**, con particolare riferimento al possesso dei requisiti di ordine generale dichiarati dall'affidatario in sede di presentazione dell'offerta, **nonché dei requisiti di qualificazione previsti per la partecipazione alla procedura.**

Restano altresì ferme le previsioni di tutela contenute al medesimo comma 8 dell'articolo 32, in materia di rimborso delle spese sostenute dall'affidatario per l'esecuzione dei lavori, servizi e forniture su ordine del Direttore dei Lavori o del Direttore dell'Esecuzione, nel caso di mancata stipula a seguito dell'avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza.

La lett. a) comma 1 art. 8 nel prevedere, per le procedure pendenti e per quelle avviate successivamente, la sussistenza del presupposto dell'urgenza indipendentemente dall'oggetto dell'affidamento e dalla sua correlazione con l'emergenza sanitaria o con le

altre finalità perseguite, di fatto richiama e rende tout court applicabile – senza ulteriori valutazioni da parte della stazione appaltante - quanto già previsto nelle summenzionate disposizioni normative di cui all'art. 32 c. 8 lett. a del Codice (eventi oggettivamente imprevedibili per ovviare a situazioni di pericolo per persone, animali o cose o per l'igiene e la salute pubblica).

## **7.2. L'obbligo di sopralluogo**

**Condizioni per l'obbligo di sopralluogo** – Il sopralluogo è obbligatorio, a decorrere dalla data di entrata in vigore del Decreto Legge 16 luglio 2020 n 76 (17 luglio 2020), così come convertito con L. 120/2020, per le procedure avviate fino alla data del **31 dicembre 2021**, ai sensi dell'articolo 8, comma 1, lettera b) del d.l. 76/2020, così come confermato in sede di conversione con L. 120/2020

**d.l. 76/2020 - Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale  
Legge di conversione del 11/9/2020 n. 120**

**Art. 8 Altre disposizioni urgenti in materia di contratti pubblici**

1. In relazione alle procedure pendenti disciplinate dal decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, i cui bandi o avvisi, con i quali si indice una gara, sono già stati pubblicati alla data di entrata in vigore del presente decreto, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure in cui, alla medesima data, siano già stati inviati gli inviti a presentare le offerte o i preventivi, ma non siano scaduti i relativi termini, e in ogni caso per le procedure disciplinate dal medesimo decreto legislativo avviate a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino alla data del **31 dicembre 2021** :
  - a) omissis ...
  - b) le stazioni appaltanti possono prevedere, a pena di esclusione dalla procedura, l'obbligo per l'operatore economico di procedere alla visita dei luoghi, nonché alla consultazione sul posto dei documenti di gara e relativi allegati ai sensi e per gli effetti dell'articolo 79, comma 2, del decreto legislativo n. 50 del 2016 esclusivamente laddove detto adempimento sia strettamente indispensabile in ragione della tipologia, del contenuto o della complessità dell'appalto da affidare;

**Ricostruzione quadro di riferimento dell'obbligo** - L'obbligo del sopralluogo era disciplinato dall'articolo 106 del DPR 207/2010, il quale prevedeva che l'offerta per l'affidamento degli appalti e concessioni di lavori pubblici dovesse essere accompagnata da dichiarazione con la quale il concorrente attestava di essersi recato sul luogo di esecuzione dei lavori e di aver preso conoscenza dello stato dei luoghi, nonché delle circostanze suscettibili di influire sulla presentazione dell'offerta (di norma l'Ente rilasciava un attestato al L.R. dell'impresa di presa visione).

L'abrogazione di detta norma è avvenuta con l'avvento del d.lgs 50/2016 "Codice Appalti"; l'unico riferimento è stato mantenuto all'art. 79 comma 2 del d.lgs. 50/2016 che prevede :

omissis ... “quando le offerte possono essere formulate soltanto a seguito di una visita dei luoghi o dopo consultazione sul posto dei documenti di gara e relativi allegati, i termini per la ricezione delle offerte, comunque superiori ai termini minimi stabiliti negli articoli 60, 61, 62, 64 e 65, sono stabiliti in modo che gli operatori economici interessati possano prendere conoscenza di tutte le informazioni necessarie per presentare le offerte”.

Sull'argomento è poi intervenuta Anac - procedure negoziate (Comunicato Presidente 18 luglio 2018) prevedendo l'ammissibilità del sopralluogo obbligatorio soltanto laddove l'oggetto del contratto abbia stretta/diretta relazione con strutture edilizie. Si ritiene che la clausola che prevede a pena di esclusione il sopralluogo non possa dirsi illegittima se il sopralluogo ha carattere di adempimento strumentale al fine di garantire anche il rispetto delle ulteriori prescrizioni definite dalla legge *specialis* di gara (bando - disciplinare) e che lo stesso abbia un ruolo sostanziale, e non meramente formale, per consentire ai concorrenti di formulare un'offerta consapevole e più aderente alle necessità dell'appalto. Tale obbligo di sopralluogo, strumentale a una conoscenza dello stato dei luoghi, è funzionale alla miglior valutazione degli interventi da effettuare in modo da formulare, con precisione, la migliore offerta anche tecnica.

Pertanto si ritiene che detto strumento, anche secondo le disposizioni del d.l. 76/2020 è da utilizzarsi per procedure di appalto molto particolari e specialistiche, la cui completa ed esaustiva conoscenza dello stato dei luoghi, che se eseguita con la dovuta diligenza, consente di modulare l'offerta sulle concrete caratteristiche dei luoghi, strutture, servizi ecc., garantendo anche la Stazione Appaltante da eventuali e future varianti in corso d'opera e/o contenzioso contrattuale.

### **7.3. La riduzione dei termini delle procedure di gara**

**Riduzione dei termini nelle procedure di gara** - Il legislatore, anche in questo caso nell'evidente intento di ridurre i tempi necessari per affidare i contratti pubblici ed avviarne celermente l'esecuzione, dispone, di fatto per tutte le procedure, anche già indette con la pubblicazione di bandi od avvisi, o avviate con l'inoltro della lettera invito, ma per le quali non siano ancora scaduti i termini (per la presentazione delle offerte, n.d.a.), tutta una serie di norme acceleratorie, che per le procedure in corso, si inseriscono automaticamente nella disciplina di gara e contrattuale.

Tra tali disposizioni assumono particolare rilievo quelle relative alla riduzione del termine per le procedure aperte, ristrette e competitiva con negoziazione: la norma in questo caso ha valenza per le procedure non ancora avviate e per esse si stabiliscono i termini minimi previsti per le ipotesi di urgenza. Si riporta di seguito una tabella illustrativa relativa alla riduzione dei termini ex art. 8, comma 1, lett. c) del d.l. 76/2020 convertito nella legge 120/2020:



<b>Termine</b>	<b>Procedura ordinaria sottosoglia</b>	<b>Procedura ordinaria sopra soglia</b>	<b>Procedura decreto semplificazioni</b>	<b>Norma di riferimento nel Codice</b>
Presentazione delle offerte nelle procedure aperte	18 giorni	35 giorni	15 giorni	60, co. 3
Presentazione domanda di partecipazione nelle procedure ristrette	15 giorni	30 giorni	15 giorni	61, co. 6
Presentazione offerte nelle procedure ristrette	15 giorni	30 giorni	10 giorni	61, co. 6
Presentazione domanda di partecipazione nelle procedure competitive con negoziazione	15 giorni	30 giorni	15 giorni	62, co. 5 e 61, co. 6
Presentazione offerte nelle procedure competitive con negoziazione	15 giorni	30 giorni	10 giorni	62, co. 5 e 61, co. 6
Aumento termini per offerte in caso di indisponibilità documentazione in formato elettronico	5 giorni	5 giorni	Nessun giorno	74, comma 2
Termine massimo per il rilascio di ulteriori informazioni o chiarimenti	6 giorni	6 giorni	4 giorni	74, comma 4
Conclusione del procedimento per gare con offerte scadute entro 22 febbraio 2020			31 dicembre 2020	

Preme sottolineare, a commento di questa norma, che al di là dell'assenza dell'obbligo di giustificazione per ricorrere alla riduzione dei termini come sopra riportati, si tratta sempre di termini minimi e nel rispetto della trasparenza, libera concorrenza, non discriminazione e, ovviamente, riservatezza. È opinabile pensare di riuscire ad avere dal mercato offerte adeguate, congrue e consapevoli con termini assolutamente ridotti, soprattutto nel caso di appalti complessi o di rilevante importo. Le stazioni appaltanti devono pertanto valutare adeguatamente quanto la riduzione dei termini, che consenta la celere conclusione della fase di individuazione del privato contraente, sia logica, proporzionata e atta a garantire un adeguato studio del progetto del lavoro o del servizio e la presentazione di una offerta congrua e consapevole.

### **d.l. 76/2020 - Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale**

#### **Art. 8 Altre disposizioni urgenti in materia di contratti pubblici**

1. In relazione alle procedure pendenti disciplinate dal decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, i cui bandi o avvisi, con i quali si indice una gara, sono già stati pubblicati alla data di entrata in vigore del presente decreto, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure in cui, alla medesima data, siano già stati inviati gli inviti a presentare le offerte o i preventivi, ma non siano scaduti i relativi termini, e in ogni caso per le procedure disciplinate dal medesimo decreto legislativo avviate a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino alla data del 31 luglio 2021:

a) è sempre autorizzata la consegna dei lavori in via di urgenza e, nel caso di servizi e forniture, l'esecuzione del contratto in via d'urgenza ai sensi dell'articolo 32, comma 8, del decreto legislativo n. 50 del 2016, fermo restando quanto previsto dall'articolo 80 del medesimo decreto legislativo;

b) le stazioni appaltanti possono prevedere, a pena di esclusione dalla procedura, l'obbligo per l'operatore economico di procedere alla visita dei luoghi, nonché alla consultazione sul posto dei documenti di gara e relativi allegati ai sensi e per gli effetti dell'articolo 79, comma 2, del decreto legislativo n. 50 del 2016 esclusivamente laddove detto adempimento sia strettamente indispensabile in ragione della tipologia, del contenuto o della complessità dell'appalto da affidare;

c) in relazione alle procedure ordinarie, si applicano le riduzioni dei termini procedurali per ragioni di urgenza di cui agli articoli 60, comma 3, 61, comma 6, 62 comma 5, 74, commi 2 e 3, del decreto legislativo n. 50 del 2016. Nella motivazione del provvedimento che dispone la riduzione dei termini non è necessario dar conto delle ragioni di urgenza, che si considerano comunque sussistenti;

d) le procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture possono essere avviate anche in mancanza di una specifica previsione nei documenti di programmazione di cui all'articolo 21 del decreto legislativo n. 50 del 2016, già adottati, a condizione che entro trenta giorni decorrenti dalla data di entrata in vigore **della legge di conversione** del presente decreto si provveda ad un aggiornamento in conseguenza degli effetti dell'emergenza **da** COVID-19.

2. In relazione alle procedure disciplinate dal decreto legislativo n. 50 del 2016, per le quali sia scaduto entro il 22 febbraio 2020 il termine per la presentazione delle offerte, le stazioni appaltanti, fermo quanto previsto dall'articolo 103 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, provvedono all'adozione dell'eventuale provvedimento di aggiudicazione entro la data del 31 dicembre 2020.

#### 7.4. Le novità in materia di programmazione

**Possibilità di sviluppare appalti non previsti in programmazione** - Il decreto "Semplificazioni", **convertito con L. 120/2020**, interviene anche sulla fase della Programmazione, prevedendo in particolare la possibilità di eseguire interventi anche se non inseriti negli strumenti di programmazione formalmente approvati dalla amministrazione aggiudicatrice. La portata della deroga è comunque sottoposta a precise condizioni, anche di carattere temporale, in assenza delle quali tale facoltà deve intendersi non opzionabile. Come è noto, l'attività di programmazione, prevista dall'art. 21 del Codice dei Contratti, trova pratica attuazione per mezzo del decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, n°14 del 16 gennaio 2018, "Regolamento recante procedure e schemi-tipo per la redazione e la pubblicazione del programma triennale dei lavori pubblici, del programma biennale per l'acquisizione di forniture e servizi e dei relativi elenchi annuali e aggiornamenti annuali".

#### **d.lgs. 50/2016 – Codice dei contratti pubblici**

##### **Art. 21 Programma delle acquisizioni delle stazioni appaltanti**

1. Le amministrazioni aggiudicatrici adottano il programma biennale degli acquisti di beni e servizi e il programma triennale dei lavori pubblici, nonché i relativi aggiornamenti annuali. I programmi sono approvati nel rispetto dei documenti programmatori e, per gli enti locali, secondo le norme che disciplinano la programmazione economico-finanziaria degli enti.

2. Le opere pubbliche incompiute sono inserite nella programmazione triennale di cui al comma 1, ai fini del loro completamento ovvero per l'individuazione di soluzioni alternative quali il riutilizzo, anche ridimensionato, la cessione a titolo di corrispettivo per la realizzazione di altra opera pubblica, la vendita o la demolizione.

3. Il programma triennale dei lavori pubblici e i relativi aggiornamenti annuali contengono i lavori il cui valore stimato sia pari o superiore a 100.000,00 euro e indicano, previa attribuzione del codice unico di progetto di cui all'articolo 11, della legge 16 gennaio 2003, n. 3, i lavori da avviare nella prima annualità, per i quali deve essere riportata l'indicazione dei mezzi finanziari stanziati sullo stato di previsione o sul proprio bilancio, ovvero disponibili in base a contributi o risorse dello Stato, delle regioni a statuto ordinario o di altri enti pubblici. Per i lavori di importo pari o superiore a

1.000.000,00 euro, ai fini dell'inserimento nell'elenco annuale, le amministrazioni aggiudicatrici approvano preventivamente il progetto di fattibilità tecnica ed economica. Ai fini dell'inserimento nel programma triennale, le amministrazioni aggiudicatrici approvano preventivamente, ove previsto, il documento di fattibilità delle alternative progettuali.

4. Nell'ambito del programma di cui al comma 3, le amministrazioni aggiudicatrici individuano anche i lavori complessi e gli interventi suscettibili di essere realizzati attraverso contratti di concessione o di partenariato pubblico privato.

5. Nell'elencazione delle fonti di finanziamento sono indicati anche i beni immobili disponibili che possono essere oggetto di cessione. Sono, altresì, indicati i beni immobili nella propria disponibilità concessi in diritto di godimento, a titolo di contributo, la cui utilizzazione sia strumentale e tecnicamente connessa all'opera da affidare in concessione.

6. Il programma biennale di forniture e servizi e i relativi aggiornamenti annuali contengono gli acquisti di beni e di servizi di importo unitario stimato pari o superiore a 40.000,00 euro. Nell'ambito del programma, le amministrazioni aggiudicatrici individuano i bisogni che possono essere soddisfatti con capitali privati. Le amministrazioni pubbliche comunicano, entro il mese di ottobre, l'elenco delle acquisizioni di forniture e servizi d'importo superiore a 1 milione di euro che prevedono di inserire nella programmazione biennale al Tavolo tecnico dei soggetti di cui all'articolo 9, comma 2, del decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 giugno 2014, n. 89, che li utilizza ai fini dello svolgimento dei compiti e delle attività ad esso attribuiti. Per le acquisizioni di beni e servizi informatici e di connettività le amministrazioni aggiudicatrici tengono conto di quanto previsto dall'articolo 1, comma 513, della legge 28 dicembre 2015, n. 208.

7. Il programma biennale degli acquisti di beni e servizi e il programma triennale dei lavori pubblici, nonché i relativi aggiornamenti annuali sono pubblicati sul profilo del committente, sul sito informatico del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e dell'Osservatorio di cui all'articolo 213, anche tramite i sistemi informatizzati delle regioni e delle province autonome di cui all'articolo 29, comma 4.

8. Con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, previo parere del CIPE, sentita la Conferenza unificata sono definiti:

- a) le modalità di aggiornamento dei programmi e dei relativi elenchi annuali;
- b) i criteri per la definizione degli ordini di priorità, per l'eventuale suddivisione in lotti funzionali, nonché per il riconoscimento delle condizioni che consentano di modificare la programmazione e di realizzare un intervento o procedere a un acquisto non previsto nell'elenco annuale;
- c) i criteri e le modalità per favorire il completamento delle opere incompiute;
- d) i criteri per l'inclusione dei lavori nel programma e il livello di progettazione minimo richiesto per tipologia e classe di importo;
- e) gli schemi tipo e le informazioni minime che essi devono contenere, individuandole

anche in coerenza con gli standard degli obblighi informativi e di pubblicità relativi ai contratti;

f) le modalità di raccordo con la pianificazione dell'attività dei soggetti aggregatori e delle centrali di committenza ai quali le stazioni appaltanti delegano la procedura di affidamento.

8-bis. La disciplina del presente articolo non si applica alla pianificazione delle attività dei soggetti aggregatori e delle centrali di committenza.

9. Fino alla data di entrata in vigore del decreto di cui al comma 8, si applica l'articolo 216, comma 3.

**Presupposti per la programmazione** - Per l'inserimento di un intervento in uno dei due strumenti di programmazione è necessario rispettare le seguenti condizioni:

- 1) indicazione del valore stimato: pari o superiore a 100.000,00 euro del valore stimato ai sensi dell'art. 35 (appalti) o dell'art. 167 (concessioni);
- 2) coerenza con atti di programmazione: coerenza con i documenti pluriennali di pianificazione o di programmazione di cui al decreto legislativo 29 dicembre 2011, n. 228 e al decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118;
- 3) coerenza con il bilancio: previsione in bilancio della copertura finanziaria, ovvero apporto capitale privato o corrispettivo immobile disponibile;
- 4) previsione avvio procedura di affidamento: prima annualità ovvero nella seconda o terza annualità;
- 5) livello di progettazione: rispetto dei livelli di progettazione minimi di cui all'articolo 21, comma 3, secondo periodo, del codice e al comma 10, per l'inserimento nella prima annualità; livelli di progettazione minimi di cui al comma 9 del DM 14/2018, per l'inserimento nella seconda o terza annualità;
- 6) conformità urbanistica per l'inserimento nella prima annualità (elenco annuale).

N.B. Con la legge n. 55 del 2019, art. 1, comma 5, per gli anni 2019 e 2020, è stata prevista la possibilità di avviare le procedure di affidamento della progettazione e dell'esecuzione nelle more dell'erogazione delle risorse assegnate agli stessi e finalizzate all'opera con provvedimento legislativo o amministrativo.

**Deroga** - Con il decreto "Semplificazioni", nella versione convertita con L. 120/2020, si introduce una deroga a quanto stabilito all'art. 21 del Codice. Tale deroga è però relativa alle sole procedure pendenti disciplinate dal decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, i cui bandi o avvisi, con i quali si indice una gara, sono già stati pubblicati alla data di entrata in vigore del decreto, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure in cui, alla medesima data, siano già stati inviati gli inviti a presentare le offerte o i preventivi, ma non siano scaduti i relativi termini, e in ogni caso per le procedure

disciplinate dal medesimo decreto legislativo avviate a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto “Semplificazioni” e fino alla data **del 31 dicembre 2021**.

L’obiettivo della deroga è quello di avviare da subito interventi che, seppur non inseriti negli strumenti di programmazione, possono essere realizzati sulla base di un autonomo piano finanziario ovvero per i quali si rendono subito accessibili i relativi finanziamenti.

La deroga, in particolare, opera a condizione che entro trenta giorni **dall’entrata in vigore della legge di conversione, (pubblicata sulla G.U. n. 228 del 14 settembre 2020 - entrata in vigore il giorno successivo)** le amministrazioni aggiudicatrici provvedano ad aggiornare l’elenco annuale dei lavori pubblici, delle forniture e dei servizi. Per le Amministrazioni territoriali ciò comporterà il correlato aggiornamento del Documento Unico di Programmazione e, conseguentemente, una variazione allo strumento di bilancio con l’inserimento delle fonti di finanziamento.

**d.l. 76/2020 - Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale  
(Legge di conversione 120-2020)**

**Art. 8 Altre disposizioni urgenti in materia di contratti pubblici**

**c. 1 lett. d)** le procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture possono essere avviate anche in mancanza di una specifica previsione nei documenti di programmazione di cui all’articolo 21 del decreto legislativo n. 50 del 2016, già adottati, a condizione che entro trenta giorni decorrenti dalla data di entrata in vigore **della legge di conversione** del presente decreto si provveda ad un aggiornamento in conseguenza degli effetti dell’emergenza **da COVID-19**.

Con riferimento ai profili contabili, le spese relative alla redazione del livello minimo di progettazione, necessario per la redazione del quadro economico, in mancanza di una esplicita previsione dell’intervento nel Documento Unico di Programmazione, dovranno essere contabilizzate al Titolo I del bilancio e finanziate con entrate correnti. Le spese relative ai successivi livelli di progettazione, essendo state inserite nel quadro economico, saranno finanziate a valere sul Titolo II e finanziate come spese di investimento a valere sulle nuove disponibilità finanziarie.

## **7.5. Le novità in materia di esecuzione dei contratti di appalto**

**Novità sull’esecuzione degli appalti** - Con riferimento ai lavori in corso di esecuzione, l’art. 8 comma 4 lett. a) del decreto “Semplificazioni”, così come convertito con L. 120/2020, stabilisce che:

*a) il direttore dei lavori adotta, in relazione alle lavorazioni effettuate alla medesima data e anche in deroga alle specifiche clausole contrattuali, lo stato di avanzamento dei lavori*

*entro quindici giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto. Il certificato di pagamento viene emesso contestualmente e comunque entro cinque giorni dall'adozione dello stato di avanzamento. Il pagamento viene effettuato entro quindici giorni dall'emissione del certificato di cui al secondo periodo;*

La disposizione in esame, limitatamente ai soli contratti di lavori in corso di esecuzione, introduce il cd. "SAL emergenziale" per tutte le lavorazioni già effettuate dall'appaltatore, da approvarsi, da parte del Direttore Lavori, entro 15 gg anche in deroga alle previsioni contrattuali. Inoltre, riduce il termine massimo, assegnato al Responsabile Unico del Procedimento, per il rilascio del Certificato di pagamento ai fini dell'emissione della fattura da parte dell'appaltatore, che viene ridotto a 5 giorni dall'adozione dello stato di avanzamento, in luogo dei 7 previsti dalla norma ordinaria.

L'effettivo pagamento dovrà, poi, essere effettuato entro quindici giorni dall'emissione di detto certificato di pagamento (i termini ordinari sono di 30 o al massimo 60 giorni).

<b>Termine</b>	<b>Procedura ordinaria</b>	<b>Procedura post Decreto "Semplificazione"</b>	<b>Norma di riferimento</b>
Adozione Stato avanzamento Lavori	rilasciato nei termini e nelle modalità indicati nella documentazione di gara e nel contratto di appalto	15 giorni	art. 14 co. 1 lett. d D.M. 49/2018
Emissione Certificato di Pagamento	Contestualmente adozione SAL e comunque entro 7 giorni	Contestualmente adozione SAL e comunque entro 5 giorni	art. 113 bis co. 1 del D.Lgs. n. 50/2016
Pagamento	30 giorni (comunque al massimo 60 gg)	15 giorni	

La modifica, che ha l'obiettivo di dare liquidità alle imprese e creare benefici a tutta la filiera collegata, attiene al solo aspetto relativo all'esecuzione della corresponsione del contratto (riducendo i tempi di pagamento in favore dell'appaltatore), senza alterare il sinallagma contrattuale o comportare aumento dei costi per la Stazione Appaltante.

**Ruolo del Direttore dei lavori e del RUP** - Tuttavia, la disposizione, nel richiedere alla Stazione Appaltante maggiore tempestività nell'erogazione dei pagamenti, non incide sulle attività di controllo amministrativo contabile previste in capo al Direttore Lavori dall'art. 13

del DM 49/2018, né introduce snellimenti sui controlli ed adempimenti da parte del RUP e delle ulteriori figure coinvolte, secondo un flusso che può essere così schematizzato:

- Direttore dei Lavori – emette il SAL (all’esito dei controlli e adempimenti previsti dall’art. 13 del DM 49/2018);
- Direttore dei Lavori – presenta il SAL al RUP;
- RUP – effettua la verifica di regolarità contributiva;
- RUP – emette il certificato di pagamento (contestualmente e comunque entro 5 giorni dalla ricezione del SAL);
- RUP – sottopone alla firma del Dirigente la Determinazione di liquidazione per la trasmissione all’Ufficio di Ragioneria (per ulteriori controlli di natura tecnico contabile di competenza);
- Tesoriere– emette il mandato di pagamento in favore dell’appaltatore (entro 15 giorni dalla ricezione del certificato di pagamento).

*b) sono riconosciuti, a valere sulle somme a disposizione della stazione appaltante indicate nei quadri economici dell'intervento e, ove necessario, utilizzando anche le economie derivanti dai ribassi d'asta, i maggiori costi derivanti dall'adeguamento e dall'integrazione, da parte del coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione, del piano di sicurezza e coordinamento, in attuazione delle misure di contenimento di cui agli articoli 1 e 2 del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, e all'articolo 1 del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 maggio 2020, n. 35, e il rimborso di detti oneri avviene in occasione del pagamento del primo stato di avanzamento successivo all'approvazione dell'aggiornamento del piano di sicurezza e coordinamento recante la quantificazione degli oneri aggiuntivi;*

**Pagamento del SAL parziale** - Per i soli appalti di lavori, con il medesimo scopo di sostegno alle imprese (al fine di garantire la sostenibilità dell’appalto in termini economici e di sicurezza) è altresì riconosciuto, nel primo SAL utile, il rimborso dei maggiori costi sostenuti dall’appaltatore per l’adeguamento alle misure di sicurezza anti-COVID, così come stimati nel PSC.

Il decreto “Semplificazioni”, così come convertito con Legge 120 dell’11.09.2020, detta tempi stringenti per l’erogazione dei pagamenti spettanti all’appaltatore, mantenendo fermi i controlli e gli adempimenti previsti dal Codice ed imponendo al solo Responsabile Unico una veloce e tempestiva conclusione di un procedimento che di fatto è governato, per profili di competenza ed organizzazione interna, da diverse figure dell’Amministrazione.

Un nuovo intervento normativo sarebbe auspicabile per estendere esplicitamente la misura prevista con il cosiddetto SAL emergenziale, anche agli appalti di servizi e forniture.

Ad ogni modo, in assenza di specifica disposizione, si richiama l’art. 106 (Modifica di



contratti durante il periodo di efficacia) che al comma 1 lett. c dispone che “ove siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni, fatto salvo quanto previsto per gli appalti nei settori ordinari dal comma 7:

1) la necessità di modifica è determinata da circostanze impreviste e imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice o per l'ente aggiudicatore. In tali casi le modifiche all'oggetto del contratto assumono la denominazione di varianti in corso d'opera. Tra le predette circostanze può rientrare anche la sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti di autorità od enti preposti alla tutela di interessi rilevanti;

2) la modifica non altera la natura generale del contratto”.

La modifica del contratto (specificatamente alle disposizioni previste in materia di pagamenti ed erogazioni di SAL) può avvenire, quindi, per la sopravvenienza di nuove disposizioni normative, e quindi, aprire la strada ai pagamenti delle prestazioni (erogazioni di servizi e forniture) eseguiti prima della sospensione.

**Adeguamento costi sicurezza per gestione misure COVID-19** - Il Coordinatore della Sicurezza, di concerto con il Direttore dei Lavori ed il Responsabile Unico del Procedimento, è dunque chiamato a predisporre l'aggiornamento dei “costi della sicurezza” coerentemente al PSC ed attenendosi alle indicazioni di cui alle "Linee di indirizzo sicurezza e salute nei cantieri di opere pubbliche in emergenza COVID-19" (elaborate nell'ambito di ITACA, organo tecnico delle Conferenza delle Regioni e delle Province autonome in materia di contratti pubblici).

Non sono, invece, a carico del committente pubblico, in quanto afferenti all'esercizio dell'attività svolta da ciascun operatore economico, le maggiori spese sostenute dall'impresa per il contenimento e prevenzione del COVID-19 ricomprese all'interno degli “oneri della sicurezza aziendali”.

La questione attinente la corretta configurazione quali “costi della sicurezza” ovvero “oneri della sicurezza aziendali” (costituenti quota parte delle spese generali), andrà valutata caso per caso, come evidenziato anche dal MIT, nella risposta alla richiesta di chiarimenti del 05 luglio 2020, in merito ai maggiori oneri della sicurezza previsti dal Protocollo per il contenimento della diffusione del COVID-19 sui cantieri, emesso dal MIT il 19 marzo 2020.

**Ruolo Coordinatore della sicurezza** - Il Coordinatore della Sicurezza, ha dunque il compito di inquadrare e classificare i Costi della Sicurezza attraverso una stima derivante da un'analisi dettagliata ed analitica delle nuove azioni da intraprendere al fine di mitigare il rischio interferenziale, sulla scorta di quanto indicato dalla normativa nazionale, dai Protocolli di riferimento e dalle diverse disposizioni regionali in materia di contrasto alla diffusione da virus COVID-19, mentre è demandata alla singola impresa richiedere, eventualmente, al Direttore Lavori un adeguamento – limitatamente alla fase emergenziale - di talune voci dell'elenco prezzi, per maggiorazioni di costo derivanti dall'aumento degli oneri di sicurezza aziendali (intesi quali quota parte delle spese generali) dovuti alle procedure interne aziendali anti-COVID di riorganizzazione, necessarie per evitare il contagio, previste ed in attuazione per il cantiere di riferimento.

Tale maggiorazione potrà essere valutata, riconoscendo un aumento delle spese generali in un *range* tra lo 0,5% ed il 4%, comunque tenendo in conto che il DPR 207/2010 fissa un tetto massimo del 17%.

Il Coordinatore Sicurezza, nel procedere allo sviluppo delle procedure anti-COVID integrando il Piano di Sicurezza e Coordinamento con le nuove azioni da intraprendere al fine di mitigare il rischio interferenziale, è dunque chiamato ad un'attenta valutazione dell'allocazione delle voci di spesa, al fine di inquadrarle, correttamente, tra i costi della sicurezza del cantiere, ovvero come oneri aziendali di sicurezza. **La medesima voce, difatti, può essere allocata come onere di sicurezza aziendale o come costo di sicurezza del cantiere**, in base alle diverse casistiche di sviluppo dei cantieri ed alla progettazione della sicurezza effettuata a monte dalla Stazione Appaltante ed in fase di aggiornamento del PSC.

L'imputabilità dei maggiori oneri è, difatti, in capo alla Stazione Appaltante, ove le misure di mitigazione del rischio COVID-19 derivino da procedure previste dal CSE in sede di aggiornamento del PSC; sono a carico dell'appaltatore se, invece, trattasi di procedure interne aziendali, previste autonomamente dal Datore di Lavoro, a tutela della salute dei propri dipendenti.

Le misure previste possono comportare sia l'utilizzo di nuovi e aggiuntivi DPI/DPC, sia la mitigazione di interferenze/sovrapposizioni di lavorazioni, attraverso la messa in atto di nuove/diverse modalità di gestione dei tempi lavorativi, con conseguente variazione del cronoprogramma dei lavori, che garantiscano la minor compresenza di lavoratori in cantiere. Qualora, ad esempio, il CSE decida – in fase di aggiornamento del PSC - per la presenza in cantiere di una sola impresa per ogni singolo giorno lavorativo (in luogo di 2 o più imprese contemporanee), la diluizione del cronoprogramma è un costo della sicurezza a carico della Stazione appaltante (rischio interferenziale); mentre le "mascherine" fornite agli operai sono considerate DPI a carico del Datore di Lavoro, messe a disposizione a tutela della salute e sicurezza dei propri dipendenti. Le medesime mascherine, saranno invece un costo della sicurezza del cantiere, qualora il CSE preveda il mantenimento di più imprese in cantiere, operando quale misura di mitigazione del rischio l'utilizzo di tale DPI, prevedendolo all'interno del PSC. Analogamente, qualora uno dei Datori di Lavoro decida autonomamente per una procedura interna di sicurezza che preveda la diminuzione dell'organico presente nel singolo cantiere, tale diluizione del cronoprogramma dell'impresa sarà onere di sicurezza aziendale, attuata a tutela della salute dei dipendenti.

Il rimborso dei maggiori costi sostenuti dalle imprese per l'adeguamento alle misure di sicurezza anti-COVID - integrandosi con quanto già previsto da alcune disposizioni speciali riguardanti l'erogazione dei servizi alla persona (articolo 48, comma 1, legge n. 27/2020 di conversione del d.l. n. 18/2020 "Cura Italia") - andrebbe espressamente esteso, con un nuovo intervento normativo, per i servizi e per quelle forniture che

presentano rischi derivanti da sovrapposizioni di più attività, attraverso la revisione del DUVRI (Documento Unico Rischi Interferenze), mutuando le stesse considerazioni previste per gli appalti di lavori.

c) il rispetto delle misure di contenimento previste dall'articolo 1 del decreto-legge n. 6 del 2020 e dall'articolo 1 del decreto-legge n. 19 **del 2020 nonché** dai relativi provvedimenti attuativi, ove impedisca, anche solo parzialmente, il regolare svolgimento dei lavori ovvero la regolare esecuzione dei servizi o delle forniture costituisce causa di forza maggiore, ai sensi dell'articolo 107, comma 4, del decreto legislativo n. 50 del 2016 e, qualora impedisca di ultimare i lavori, i servizi o le forniture nel termine contrattualmente previsto, costituisce circostanza non imputabile all'esecutore ai sensi del comma 5 del citato articolo 107 ai fini della proroga di detto termine, ove richiesta; non si applicano gli obblighi di comunicazione all'Autorità nazionale anticorruzione e le sanzioni **previsti** dal terzo e dal quarto periodo del comma 4 dell'articolo 107 del decreto legislativo n. 50 del 2016.

Il rispetto delle misure di contenimento imposte per combattere l'epidemia (distanziamento, turnazioni, affollamento ridotto degli spazi, dispositivi di sicurezza, ecc.) è dunque sempre valutato come base per escludere la responsabilità delle imprese, fino al termine dell'emergenza.

**Sospensione dell'esecuzione (fattispecie)** - L'emergenza COVID-19 viene ricondotta a causa di forza maggiore, ai sensi della disciplina sulle sospensioni di cui all'articolo 107 comma 4 del Codice, per l'intero comparto di lavori forniture e servizi. La norma, nel richiamare il decreto Cura Italia, instaura un automatismo tra causa (emergenza sanitaria) - effetto (ritardo/inadempimento del contratto), facendo venir meno l'onere e l'obbligo di accertare, caso per caso, l'effettiva incidenza dell'evento o la portata quantitativa dello stesso sull'eseguibilità della prestazione richiesta. La disposizione è valida sino **al 31 dicembre 2021** ed ha carattere eccezionale (legata alla fase post emergenziale), non sistematico. Il particolare dato normativo riduce le cause rispetto alle quali, per gli appalti sopra soglia, si può ricorrere alla sospensione dei lavori.

**d.l. 76/2020 - Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale  
Legge di conversione del 11/9/2020 n. 120**

**Art. 5 Sospensione dell'esecuzione dell'opera pubblica**

1. Fino al **31 dicembre 2021**, in deroga all'articolo 107 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, la sospensione, volontaria o coattiva, dell'esecuzione di lavori diretti alla realizzazione delle opere pubbliche di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 del medesimo decreto legislativo, anche se già iniziati, può avvenire, esclusivamente, per il tempo strettamente necessario al loro superamento, per le seguenti ragioni:

a) cause previste da disposizioni di legge penale, dal codice delle leggi antimafia e

delle misure di prevenzione di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, nonché da vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea;

b) gravi ragioni di ordine pubblico, salute pubblica o dei soggetti coinvolti nella realizzazione delle opere, ivi incluse le misure adottate per contrastare l'emergenza sanitaria globale da COVID-19;

c) gravi ragioni di ordine tecnico, idonee a incidere sulla realizzazione a regola d'arte dell'opera, in relazione alle modalità di superamento delle quali non vi è accordo tra le parti;

d) gravi ragioni di pubblico interesse.

(...)

4. Nel caso in cui la prosecuzione dei lavori, per qualsiasi motivo, ivi incluse la crisi o l'insolvenza dell'esecutore anche in caso di concordato con continuità aziendale ovvero di autorizzazione all'esercizio provvisorio dell'impresa, non possa procedere con il soggetto designato, **né, in caso di esecutore plurisoggettivo, con altra impresa del raggruppamento designato, ove in possesso dei requisiti adeguati ai lavori ancora da realizzare**, la stazione appaltante, previo parere del collegio consultivo tecnico, salvo che per gravi motivi tecnici ed economici sia comunque, anche in base al citato parere, possibile o preferibile proseguire con il medesimo soggetto, dichiara senza indugio, in deroga alla procedura di cui all'articolo 108, commi 3 e 4, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, la risoluzione del contratto, che opera di diritto, e provvede secondo una delle seguenti alternative modalità: a) procede all'esecuzione in via diretta dei lavori, anche avvalendosi, nei casi consentiti dalla legge, previa convenzione, di altri enti o società pubbliche nell'ambito del quadro economico dell'opera; b) interpella progressivamente i soggetti che hanno partecipato alla originaria procedura di gara come risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento del completamento dei lavori, se tecnicamente ed economicamente possibile e alle condizioni proposte dall'operatore economico interpellato; c) indice una nuova procedura per l'affidamento del completamento dell'opera; d) propone alle autorità governative la nomina di un commissario straordinario per lo svolgimento delle attività necessarie al completamento dell'opera ai sensi dell'articolo 4 del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 giugno 2019, n. 55. Al fine di salvaguardare i livelli occupazionali e contrattuali originariamente previsti, l'impresa subentrante, ove possibile e compatibilmente con la sua organizzazione, prosegue i lavori anche con i lavoratori dipendenti del precedente esecutore se privi di occupazione.

5. Le disposizioni del comma 4 si applicano anche in caso di ritardo dell'avvio o dell'esecuzione dei lavori, non giustificato dalle esigenze descritte al comma 1, nella sua compiuta realizzazione per un numero di giorni pari o superiore a un decimo del tempo previsto o stabilito per la realizzazione dell'opera e, comunque, pari ad almeno trenta giorni per ogni anno previsto o stabilito per la realizzazione dell'opera, da calcolarsi a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto.

6. Salva l'esistenza di uno dei casi di sospensione di cui al comma 1, le parti non possono invocare l'inadempimento della controparte o di altri soggetti per sospendere

l'esecuzione dei lavori di realizzazione dell'opera ovvero le prestazioni connesse alla tempestiva realizzazione dell'opera. In sede giudiziale, sia in fase cautelare che di merito, il giudice tiene conto delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale o locale alla sollecita realizzazione dell'opera, e, ai fini dell'accoglimento della domanda cautelare, il giudice valuta anche la irreparabilità del pregiudizio per l'operatore economico, il cui interesse va comunque comparato con quello del soggetto pubblico alla celere realizzazione dell'opera. In ogni caso, l'interesse economico dell'appaltatore o la sua eventuale sottoposizione a procedura concorsuale o di crisi non può essere ritenuto prevalente rispetto all'interesse alla realizzazione dell'opera pubblica.

La sospensione dei lavori è in ogni caso disposta dal Responsabile Unico del Procedimento con le seguenti modalità per le sotto-indicate ipotesi:

1. Caso di cui all'Art. 5 comma 1 lettera a) (cause previste da disposizioni di legge penale)

La stazione appaltante previo parere Collegio Consultivo Tecnico (art. 6) procede senza indugio la risoluzione del contratto e provvede :

- Esecuzione in via diretta dei lavori
- Interpella progressivamente i soggetti partecipanti alla gara originaria come risultanti dalla graduatoria
- Indice nuova procedura di gara
- Propone alle autorità Governative di nominare un commissario straordinario

2. Caso di cui all'Art. 5 comma 1 lettera b) (gravi ragioni di ordine pubblico, salute pubblica) , e lettera d) (gravi ragioni di pubblico interesse)

Su determinazione del Collegio Consultivo Tecnico (art. 6) le stazioni appaltanti o le autorità competenti, previa proposta della stazione appaltante, da adottarsi entro il termine di quindici giorni dalla comunicazione allo stesso collegio della sospensione dei lavori autorizzano nei successivi dieci giorni la prosecuzione dei lavori nel rispetto delle esigenze sottese ai provvedimenti di sospensione adottati, salvi i casi di assoluta e motivata incompatibilità tra causa della sospensione e prosecuzione dei lavori.

3. Caso di cui all'Art. 5 comma 1 lettera c) (gravi ragioni di pubblico interesse)

Il Collegio Consultivo Tecnico(art. 6), entro quindici giorni dalla comunicazione della sospensione dei lavori ovvero della causa che potrebbe determinarla, adotta una determinazione con cui accerta l'esistenza di una causa tecnica di legittima sospensione dei lavori e indica le modalità, tra quelle di cui al comma 4, con cui proseguire i lavori e le eventuali modifiche necessarie da apportare per la realizzazione dell'opera a regola d'arte: La stazione appaltante provvede nei successivi cinque giorni.

## **d.l. 76/2020 - Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale**

### **Art. 6 Collegio consultivo tecnico**

1. Fino al **31 dicembre 2021** per i lavori diretti alla realizzazione delle opere pubbliche di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, è obbligatoria, presso ogni stazione appaltante, la costituzione di un collegio consultivo tecnico, prima dell'avvio dell'esecuzione, o comunque non oltre dieci giorni da tale data, con i compiti previsti dall'articolo 5 e con funzioni di assistenza per la rapida risoluzione delle controversie o delle dispute tecniche di ogni natura suscettibili di insorgere nel corso dell'esecuzione del contratto stesso. Per i contratti la cui esecuzione sia già iniziata alla data di entrata in vigore del presente decreto, il collegio consultivo tecnico è nominato entro il termine di trenta giorni decorrenti dalla medesima data.

Il Collegio Consultivo a scelta della Stazione Appaltante ed è formato da tre componenti o cinque in caso di motivata complessità dell'opera e di eterogeneità delle professionalità richieste:

- esperienza e qualificazione professionale adeguata alla tipologia dell'opera tra ingegneri, architetti, giuristi ed economisti con comprovata esperienza nel settore degli appalti delle concessioni e degli investimenti pubblici, in relazione allo specifico oggetto del contratto;
- specifica conoscenza di metodi e strumenti elettronici quali quelli di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture (BIM), maturata per effetto del conseguimento di un dottorato di ricerca;
- dimostrata esperienza pratica e professionale di almeno dieci anni nel settore di riferimento.

I componenti del collegio possono essere scelti dalle parti di comune accordo, ovvero le parti possono concordare che ciascuna di esse nomini uno o due componenti e che il terzo o il quinto componente, con funzioni di presidente, sia scelto dai componenti di nomina di parte. Nel caso in cui le parti non trovino un accordo sulla nomina del presidente entro il termine indicato al comma 1, questo è designato entro i successivi cinque giorni dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti per le opere di interesse nazionale, dalle regioni, dalle province autonome di Trento e Bolzano o dalle città metropolitane per le opere di rispettivo interesse. Il collegio consultivo tecnico si intende costituito al momento della designazione del terzo o del quinto componente.

## 7.6. Le novità in materia di cause di esclusione degli operatori economici

**Novità relative ai requisiti di ordine generale** - Con l'art. 8, comma 5, lett. b del d.l. n. 76/2020 (**ora legge 120/2020**) ci si trova di fronte al secondo tentativo del legislatore, dopo quello avvenuto con il decreto "Sblocca cantieri" (art. 1, comma 20, lett. n), n° 4, del d.l. 32/2019) di rispondere alle contestazioni pervenute dalla Commissione Europea che, con la procedura di infrazione n. 2018/2273" aveva a rimesso all'attenzione del Governo la mancata conformità del quadro giuridico italiano alle direttive del 2014 in materia di contratti pubblici, con particolare riferimento, tra l'altro, alle norme riguardanti i motivi di esclusione.

Si legge dalla nota della Commissione che " 2.1. L'articolo 80, comma 4, del decreto legislativo 50/2016 non è conforme alle suddette disposizioni della direttiva 2014/23/UE e della direttiva 2014/24/UE in quanto non consente di escludere un operatore economico che ha violato gli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali qualora tale violazione – pur non essendo stata stabilita da una decisione giudiziaria o amministrativa avente effetto definitivo – possa essere comunque adeguatamente dimostrata dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore.

La norma, come detto, era stata già inserita, ma poi rimossa in sede di conversione, dallo "Sblocca cantieri" in relazione ai troppi ampi spazi di discrezionalità (e conseguentemente di rischio di contenzioso) che introduceva nel sistema degli appalti e ai profili di incostituzionalità che alcuni commentatori e associazioni di categoria avevano sollevato. La legge di "Semplificazione" reintroduce pertanto un'ipotesi espulsiva che necessita di un'ampia indagine da parte delle Stazioni appaltanti, e di una adeguata motivazione, in ogni caso previo contraddittorio con l'operatore economico. Rispetto alla precedente stesura, viene inserito il riferimento alla **grave** misura che deve caratterizzare l'irregolarità, ancorché non definitiva. E' evidente che si tratta di un inserimento assolutamente non in linea con gli intenti acceleratori e semplificatori che animano l'intero corpus del decreto legge.

Occorre inoltre sottolineare le non più isolate sentenze che considerano rilevanti anche i mancati pagamenti di tributi locali. Si sottolinea peraltro che, in virtù delle sospensioni o dei rinvii degli adempimenti e dei conseguenti versamenti fiscali e previdenziali, stabiliti con i diversi interventi emergenziali, occorrerà prestare attenzione a quelle "false" irregolarità connesse con la sospensione dei pagamenti in forza di disposizioni legislative. Infine, rimane la possibilità, per l'operatore economico, di evitare l'esclusione dimostrando di aver ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe; in questi casi si ricorda che l'impegno non deve essere assunto nei confronti della stazione appaltante, ma nei confronti dell'ente creditore e, qualora il pagamento, la dilazione o la rateizzazione sia sottoposta ad apposita istruttoria o accettazione da parte del medesimo ente, rileva la data di perfezionamento della pratica e non la data di presentazione dell'istanza (cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria n. 15/2013).

**d.lgs. 50/2016 - Codice dei contratti pubblici**  
**Art. 80 Motivi di esclusione**

(...)

C 4. Un operatore economico è escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti. Costituiscono gravi violazioni quelle che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all'importo di cui all'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis, del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602. Costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione. Costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), di cui al all'articolo 8 del decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 30 gennaio 2015, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 125 del 1° giugno 2015, ovvero delle certificazioni rilasciate dagli enti previdenziali di riferimento non aderenti al sistema dello sportello unico previdenziale. **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 o del quarto periodo. Il presente comma non si applica quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe, ovvero quando il debito tributario o previdenziale sia comunque integralmente estinto, purché l'estinzione, il pagamento o l'impegno si siano perfezionati anteriormente alla scadenza del termine per la presentazione delle domande.**

### **7.7. Le verifiche di regolarità contributiva**

**Peculiarità relative alle verifiche di regolarità contributiva** - Si rammenta che per le verifiche sulla regolarità contributiva, effettuate tramite il servizio "DURC ON LINE", occorrerà prestare particolare attenzione a quei DURC già emessi, e con validità prorogata fino al 29 ottobre 2020, per effetto dell'articolo 103, comma 2, del decreto-legge n. 18/2020, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 27/2020, ma che non sono utilizzabili ai fini dei controlli preordinati alla selezione del contraente o alla stipulazione del contratto per lavori, servizi o forniture in virtù della specifica deroga disposta dall'art. 8, comma 10 del decreto legge 76/2020. In tal senso l'INPS, con nota del 30 luglio 2020 della Direzione centrale entrate (messaggio n. 2998), ha precisato di aver attivato uno specifico alert all'interno del sistema di interrogazione con il quale si viene informati che " ... in tutti



casi in cui per la selezione del contraente o per la stipulazione del contratto relativamente a lavori, servizi o forniture previsti o in qualunque modo disciplinati dal medesimo d.l. n. 76/2020 è richiesta l'acquisizione del DURC, le stazioni appaltanti/amministrazioni precedenti non possono utilizzare il DURC On Line con validità prorogata".

In questi casi, precisa la nota "Fermo restando il principio di unicità del DURC, che si rileva dalla lettura coordinata degli articoli 2, 4 e 7, del citato D.M. 30 gennaio 2015 con l'articolo 4, comma 1, del decreto-legge n. 34/2014, fino al 29 ottobre 2020, in virtù della deroga introdotta dall'articolo 8, comma 10, del decreto-legge n. 76/2020, per il medesimo codice fiscale, pur a fronte di un DURC On Line con validità prorogata, il sistema consentirà la proposizione di una nuova richiesta che sarà definita secondo gli ordinari criteri previsti dal D.M. 30 gennaio 2015, come modificato e integrato dal D.M. 23 febbraio 2016.

Sempre in sede di legge conversione, il legislatore prova a dare attuazione alla norma del Codice riportata al comma 16, dell'art. 105. In maniera estemporanea pertanto, l'art. 8 della legge 120/2020 vede aggiunto il comma 10-bis, il quale dispone che **"Al Documento unico di regolarità contributiva è aggiunto quello relativo alla congruità dell'incidenza della manodopera relativa allo specifico intervento, secondo le modalità indicate con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, da adottare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto. Sono fatte salve le procedure i cui bandi o avvisi sono pubblicati prima della data di entrata in vigore del decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali di cui al periodo precedente."**

## **7.8. La sospensione temporanea di alcune norme del codice dei contratti pubblici**

**Interventi sulle disposizioni della legge 55/2019** - L'art. 8 interviene sulle previgenti norme che avevano "sospeso" fino al 31/12/2020, alcune disposizioni del Codice. Si tratta della previsione normativa contenuta nel decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 giugno 2019, n. 55 (denominato, un po' troppo enfaticamente, "Sblocca-Cantieri). **Con il decreto semplificazione, nella versione finale dopo la conversione con Legge 120/2020, il termine di sospensione del 31/12/2020 viene esteso a tutto il 31/12/2021.**

Pertanto rimangono sospese:

a) le norme relative al divieto, per i comuni non capoluogo, di procedere singolarmente, direttamente e autonomamente all'acquisizione di lavori, forniture e servizi con il risultato che anche amministrazioni poco attrezzate dal punto di vista professionale dovranno misurarsi con interventi complessi e del cui esito si nutrono profonde perplessità.

La norma sospesa è la seguente:

Art. 37 c. 4 *“Se la stazione appaltante è un comune non capoluogo di provincia, fermo restando quanto previsto al comma 1 e al primo periodo del comma 2, procede secondo una delle seguenti modalità:*

*a) ricorrendo a una centrale di committenza o a soggetti aggregatori qualificati;*

*b) mediante unioni di comuni costituite e qualificate come centrali di committenza, ovvero associandosi o consorziandosi in centrali di committenza nelle forme previste dall’ordinamento;*

*c) ricorrendo alla stazione unica appaltante costituita presso le province, le città metropolitane ovvero gli enti di area vasta ai sensi della legge 7 aprile 2014, n. 56.”*

b) le norme che limitavano il ricorso all'appalto congiunto di progettazione ed esecuzione (appalto integrato) ad alcune fattispecie, confermando così il ricorso a questa modalità di affidamento, oltre per le opere ad elevato contenuto tecnologico, **anche per tutti quegli interventi i cui progetti definitivi sono approvati entro il 31/12/2021**, con pubblicazione del bando entro i successivi 12 mesi.

Così si pronuncia l'Anac sull'appalto integrato:

*“Per contro, l’attribuzione della progettazione esecutiva all’aggiudicatario nel sistema previgente al Codice del 2016 aveva portato ad appalti in cui era il privato a decidere tutto, anche sul piano pratico, a fronte di scelte dell’amministrazione che talvolta erano appena abbozzate. Inoltre, lo strumento dell’appalto integrato aveva mostrato evidenti limiti in termini di costi elevati di partecipazione alle gare per gli operatori economici che devono predisporre il progetto esecutivo in fase di gara; nessuna riduzione significativa dei casi di ricorso alle varianti in corso d’opera; nessuna riduzione del contenzioso amministrativo. Nella sostanza – come era chiaramente emerso nell’esperienza pregressa - nell’appalto integrato la commistione fra progetto ed opera rischia(va) di incidere sulla qualità dei lavori.”*

c) L’obbligo di scegliere i commissari tra gli esperti iscritti all'Albo istituito presso l'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) di cui all'articolo 78, fermo restando l'obbligo di individuare i commissari secondo regole di competenza e trasparenza, preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante.

Inoltre viene spostata **al 30/11/2021** la scadenza per la presentazione della relazione al Parlamento circa gli effetti delle sospensioni per gli anni 2019, 2020 e 2021, al fine di valutare l’opportunità del mantenimento o meno delle sospensioni stesse.

Infine, **fino al 31/12/2021** si può procedere, in sede di verifica delle offerte, alla cosiddetta “inversione procedimentale” per i settori ordinari, facoltà consentita, precedentemente, solo per i settori speciali.

*8. Nelle procedure aperte, gli enti aggiudicatori possono decidere che le offerte saranno esaminate prima della verifica dell'idoneità degli offerenti. Tale facoltà può essere esercitata se specificamente prevista nel bando di gara o nell'avviso con cui si indice la gara. Se si avvalgono di tale possibilità, le amministrazioni aggiudicatrici garantiscono che la verifica dell'assenza di motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente, in modo che nessun appalto sia aggiudicato a un offerente che avrebbe dovuto essere escluso a norma dell'articolo 136 o che non soddisfa i criteri di selezione stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice, indicando nei documenti di gara le modalità della verifica, anche a campione, della documentazione relativa dell'assenza dei motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione. Sulla base dell'esito di detta verifica, si procede eventualmente a ricalcolare la soglia di anomalia di cui all'articolo 97. Resta salva, dopo l'aggiudicazione, la verifica sul possesso dei requisiti richiesti ai fini della stipula del contratto.*

Praticamente si esaminano prima le offerte economiche e poi la documentazione relativa al possesso dei requisiti di carattere generale e di quelli di idoneità e di capacità degli offerenti». Trattandosi appunto di una mera facoltà, la norma precisa che essa «può essere esercitata se specificamente prevista nel bando di gara o nell'avviso con cui si indice la procedura».

Di conseguenza, nelle procedure i cui bandi verranno pubblicati o gli inviti verranno inviati dopo l'entrata in vigore del Decreto "semplificazioni", le stazioni appaltanti avranno la possibilità di decidere, nell'esercizio della propria discrezionalità, di non osservare il tradizionale ordine di esame delle offerte - secondo cui la verifica della sussistenza dei requisiti precede l'apertura delle buste tecniche ed economiche - per anticipare invece l'esame delle offerte prima della verifica del possesso dei requisiti di partecipazione.

Peraltro questa modalità potrà essere utilizzata solo limitatamente alle procedure aperte dove è esplicitamente prevista. A tal proposito si evidenzia che Il Tar Toscana, sez. II, 29 ottobre 2018, n. 1391 si è pronunciato per l'illegittimità proprio in relazione su un'ipotesi di lex specialis di una procedura negoziata che prevedeva l'anticipazione dell'esame delle offerte prima della valutazione dei requisiti di partecipazione.

## **7.9. Le novità in materia di beni culturali**

Con il decreto "Semplificazioni", **nella versione convertita con Legge 120/2020**, sono state introdotte importanti novità in materia di valorizzazione e fruizione dei beni culturali. In primis, con l'art. 8, c. 5, lett. c-ter si integra l'art. 151 del Codice dei contratti (comma 3) che estende anche alle Regioni e agli enti territoriali la possibilità di utilizzare forme speciali di partenariato in ambito culturale.

**Codice dei Contratti**  
**Art. 151. (Sponsorizzazioni e forme speciali di partenariato)**  
**Nuovo testo, comma 3**

1. omissis

2. omissis

3. Per assicurare la fruizione del patrimonio culturale della nazione e favorire altresì la ricerca scientifica applicata alla tutela, lo Stato, le regioni e gli enti territoriali possono, con le risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente, attivare forme speciali di partenariato con enti e organismi pubblici e con soggetti privati, dirette a consentire il recupero, il restauro, la manutenzione programmata, la gestione, l'apertura alla pubblica fruizione e la valorizzazione di beni culturali immobili, attraverso procedure semplificate di individuazione del partner privato analoghe o ulteriori rispetto a quelle previste dal comma 1. Resta fermo quanto previsto ai sensi dell'articolo 106, comma 2-bis, del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42.

Ciò consentirà una maggiore flessibilità e agilità di azione, rendendo più efficaci e concreti i progetti di gestione e valorizzazione dei beni culturali. In particolare si aprono nuove possibilità per la gestione del patrimonio – sui diversi fronti del recupero, restauro, manutenzione programmata, apertura ai cittadini, a favore di una più ampia valorizzazione e fruizione del patrimonio stesso. Inoltre, con l'aggiunta, in sede di conversione in legge del decreto "semplificazione", del comma 7-bis, lett. a), si interviene anche sull'art. 115 (Forme di gestione) del d. lgs. 42 del 2004 (Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio), ampliando la possibilità di ricorrere ad una gestione indiretta delle risorse culturali con il ricorso alle imprese culturali orientate a fornire un servizio pubblico ai territori. In particolare, tra i modelli contrattuali a cui fare riferimento per consentire la gestione dei beni culturali finalizzata alla loro valorizzazione, si introduce ora anche l'appalto pubblico di servizi.

**Codice dei Beni Culturali e del paesaggio**

**Art. 115. Forme di gestione**

**NUOVO TESTO COMMA 3**

1. omissis

2. omissis

3. La gestione indiretta è attuata tramite concessione a terzi ovvero mediante l'affidamento di appalti pubblici di servizi, anche in forma congiunta e integrata, da parte delle amministrazioni cui i beni pertengono o dei soggetti giuridici costituiti ai sensi dell'articolo 112, comma 5, qualora siano conferitari dei beni ai sensi del comma 7, mediante procedure di evidenza pubblica, sulla base della valutazione comparativa di specifici progetti. I privati che eventualmente partecipano ai soggetti indicati all'articolo 112, comma 5, non possono comunque essere individuati quali concessionari delle attività di valorizzazione.

Infine, sempre con riferimento alla modifica dell'art. 115 del Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio, chiarito che la scelta tra le due forme di gestione (concessione a terzi e appalto pubblico di servizi) deve avvenire mediante una valutazione comparativa in termini di sostenibilità economica-finanziaria, si introduce l'assunto che in caso di concessione, il rischio operativo deve essere assunto dal concessionario.

In questo modo e con questa specifica, anche la concessione a terzi della gestione dei beni culturali viene fatta rientrare nell'alveo dei contratti di partenariato pubblico privato, già disciplinati dal Codice dei contratti e le cui procedure, per quanto compatibili con le previsioni normative del Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio, trovano applicazione anche nel caso di specie.

### **Codice dei Beni Culturali e del paesaggio**

#### **Art. 115. Forme di gestione**

#### **NUOVO TESTO COMMA 3**

1. omissis

2. omissis

3. omissis

4. Lo Stato, le regioni e gli altri enti pubblici territoriali ricorrono alla gestione indiretta al fine di assicurare un miglior livello di valorizzazione dei beni culturali. La scelta tra le due forme di gestione indicate ai commi 2 e 3 è attuata mediante valutazione comparativa in termini di sostenibilità economico-finanziaria e di efficacia, sulla base di obiettivi previamente definiti. La gestione in forma indiretta è attuata nel rispetto dei parametri di cui all'articolo 114, ferma restando la possibilità per le amministrazioni di progettare i servizi e i relativi contenuti, anche di dettaglio, mantenendo comunque il rischio operativo a carico del concessionario e l'equilibrio economico e finanziario della gestione.

#### **7.10. Novità relative al PPP: commento a novità in art. 183, comma 15**

Le indicazioni del decreto semplificazione in tema di PPP (partenariato pubblico privato) si riducono a una previsione contenuta nel comma 5 dell'art. 8 rubricato come "*Altre disposizioni urgenti in materia di contratti pubblici*". L'articolo oggetto delle modifiche del legislatore è il 183 comma 15 che disciplina i procedimenti ad iniziativa privata riguardanti contratti di Partenariato pubblico privato (PPP) da presentare alle stazioni appaltanti.

Orbene, sulla scorta del relativo consenso che tale procedimento ha riscosso tra gli operatori del settore, l'obiettivo del decreto è quello di ampliare la possibilità per le imprese di presentare proposte alle stazioni appaltanti. Queste ultime che, per varie ragioni, risultano inerti e non danno seguito agli obiettivi posti nei propri atti di programmazione.

Nella sostanza soggetti privati potranno presentare proposte, ai sensi dell'art. 183, comma 15, del D.lgs. n. 50/2016, anche se le stesse sono già inserite negli strumenti di programmazione delle amministrazioni quali piano triennale ed elenco annuale dei lavori pubblici ovvero piano biennale ed elenco annuale dei servizi.

Dal punto di vista procedurale le modifiche non sono sostanziali. I funzionari della pubblica amministrazione dovranno semplicemente procedere alla verifica e valutazione della fattibilità di una proposta pervenuta presso i loro uffici e, in caso di giudizio positivo da parte degli organi di vertice politico, qualora la stessa non fosse presente all'interno dei citati strumenti di programmazione, procedere ad inserire tale intervento. Nel caso invece fosse già presente limitarsi alla semplice approvazione dell'intervento e successiva indizione della conferenza di servizi preliminare sul progetto di fattibilità tecnico ed economico.

Nella realtà il tentativo del decreto di facilitare il ricorso a risorse private per realizzare opere e servizi di interesse pubblico, rischia di infrangersi proprio in quel groviglio procedurale che, a parole, il decreto intende superare. Infatti, la presentazione di una proposta così come incardinata nel comma 15 dell'art. 183, rappresenta, per il soggetto privato, un impegno economico non indifferente. Ci si chiede allora quanto un investitore privato possa essere interessato a presentare una proposta laddove la stessa stazione appaltante, per una inerzia endogena alla stessa, non è riuscita a dare corso al procedimento di affidamento di un intervento pur avendone la disponibilità finanziaria.

Codice Art. 183 c.15. Gli operatori economici possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici proposte relative alla realizzazione in concessione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità, incluse le strutture dedicate alla nautica da diporto, **non presenti** (con il Decreto Semplificazione diventa "**anche non presenti**") negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente. La proposta contiene un progetto di fattibilità, una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato da uno dei soggetti di cui al comma 9, primo periodo, e la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione. Nel caso di strutture destinate alla nautica da diporto, il progetto di fattibilità deve definire le caratteristiche qualitative e funzionali dei lavori e del quadro delle esigenze da soddisfare e delle specifiche prestazioni da fornire, deve contenere uno studio con la descrizione del progetto e i dati necessari per individuare e valutare i principali effetti che il progetto può avere sull'ambiente e deve essere integrato con le specifiche richieste dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti con propri decreti. Il piano economico-finanziario comprende l'importo delle spese sostenute per la predisposizione della proposta, comprensivo anche dei diritti sulle opere dell'ingegno di cui all'articolo 2578 del codice civile. La proposta è corredata dalle autodichiarazioni relative al possesso dei requisiti di cui al comma 17, dalla cauzione di cui all'articolo 93, e dall'impegno a prestare una cauzione nella misura dell'importo di cui al comma 9, terzo periodo, nel caso di indizione di gara. L'amministrazione aggiudicatrice valuta, entro il termine perentorio di tre mesi, la fattibilità della proposta. A tal fine l'amministrazione aggiudicatrice può invitare il proponente ad apportare al progetto di fattibilità le modifiche necessarie per la sua approvazione. Se il proponente non apporta le modifiche richieste, la proposta non può essere valutata positivamente. Il progetto di fattibilità eventualmente modificato, è **inserito** (con il Decreto

Semplificazione diventa **“qualora non sia già presente”**) negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente (con il Decreto Semplificazione sono aggiunte **“è inserito in tali strumenti di programmazione”**) ed è posto in approvazione con le modalità previste per l'approvazione di progetti; il proponente è tenuto ad apportare le eventuali ulteriori modifiche chieste in sede di approvazione del progetto; in difetto, il progetto si intende non approvato. Il progetto di fattibilità approvato è posto a base di gara, alla quale è invitato il proponente. Nel bando l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere ai concorrenti, compreso il proponente, la presentazione di eventuali varianti al progetto. Nel bando è specificato che il promotore può esercitare il diritto di prelazione. I concorrenti, compreso il promotore, devono essere in possesso dei requisiti di cui al comma 8, e presentare un'offerta contenente una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato da uno dei soggetti di cui al comma 9, primo periodo, la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione, nonché le eventuali varianti al progetto di fattibilità; si applicano i commi 4, 5, 6, 7 e 13. Se il promotore non risulta aggiudicatario, può esercitare, entro quindici giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, il diritto di prelazione e divenire aggiudicatario se dichiara di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario. Se il promotore non risulta aggiudicatario e non esercita la prelazione ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese per la predisposizione della proposta nei limiti indicati nel comma 9. Se il promotore esercita la prelazione, l'originario aggiudicatario ha diritto al pagamento, a carico del promotore, dell'importo delle spese per la predisposizione dell'offerta nei limiti di cui al comma 9.

Altra criticità può essere rappresentata dalla indecisione del funzionario che si vede recapitare una proposta per un intervento che l'organo politico aveva deciso di realizzare mediante risorse proprie.

Allora, come avviare a queste ed altre criticità che la modifica potrebbe comportare?

La Giunta o il Consiglio, in relazione ad interventi inseriti nei documenti di programmazione formalmente approvati e per i quali ci intende avvalere, in alternativa al finanziamento pubblico, di risorse private per la loro realizzazione, dovrebbe adottare un atto (di indirizzo), con il quale, rendendo manifesta questa volontà, indicano anche il “perimetro” all'interno del quale devono incardinarsi le proposte private. Così facendo, l'impegno assunto dalla amministrazione aggiudicatrice, potrebbe rappresentare un incentivo per la presentazione delle proposte. Infine, con l'atto di indirizzo, andrebbero specificati i criteri in base ai quali si procederà alla valutazione comparativa nel caso dovessero pervenire più di una proposta.

Si ritiene che detta modifica legislativa potrà trovare ampia applicazione da parte di numerose amministrazioni aggiudicatrici, soprattutto tra i piccoli comuni, in quanto gli stessi, in molti casi, non riescono a dare impulso agli obiettivi posti in sede di pianificazione degli interventi. Gli uffici, attualmente ancora parzialmente scoperti a causa delle ultime normative in tema di trattamento di quiescenza, non riescono ad attivare i procedimenti mediante avvisi ovvero bandi pubblici.

**Nella sostanza soggetti privati potranno presentare proposte, ai sensi dell'art. 183, comma 15, del D.lgs. n. 50/2016, anche se le stesse sono già inserite negli strumenti di programmazione delle amministrazioni quali piano triennale ed elenco annuale dei lavori pubblici ovvero piano biennale ed elenco annuale dei servizi.**

Interessante nel decreto di conversione l'aggiunta effettuata all'art. 180 comma 2 del Codice. Tale appendice ha il merito *in primis* di ampliare la portata della disciplina della Parte IV del Codice (Contratti di Partenariato pubblico privato) anche ai contratti di rendimento energetico (EPC). Nel dettaglio la normativa, in un'ottica di armonizzazione con la tradizionale allocazione dei rischi effettuata dai contratti di PPP, lega l'ottenimento dei rendimenti dell'operatore economico all'effettivo risparmio energetico conseguito dalla stazione appaltante. Inoltre, la disposizione ha il pregio di spingere i rapporti tra pubblico e privato verso una maggiore trasparenza individuando in una piattaforma digitale, messa a disposizione dell'amministrazione aggiudicatrice, la modalità di controllo e monitoraggio dei consumi energetici, unico dato verificabile per l'ottenimento dei rendimenti attesi.

In questo senso, i contratti di rendimento energetico (EPC), sono assimilabili ai contratti di concessione con canone di disponibilità, con il principale pagatore che sarà rappresentato dall'amministrazione concedente. I canoni che saranno corrisposti all'investitore privato saranno una funzione della quota di risparmio indotta dall'intervento di efficientamento energetico. L'entità del canone dovrà essere determinata preventivamente, già in fase progettuale, dal soggetto concedente. I rendimenti, minimi, saranno assicurati dal canone così come predeterminato a valle della procedura di aggiudicazione. Nel contratto di concessione occorrerà stabilire se e con quali modalità dovrà essere ripartito il maggior rendimento derivante dagli ulteriori risparmi conseguibili in fase gestionale..



## **CAPITOLO 8. Il coordinamento fra il codice dei contratti pubblici ed il codice del Terzo settore. L'incidenza sull'affidamento dei servizi sociali**

### **8.1. Il coordinamento fra il codice dei contratti pubblici ed il codice del Terzo settore: le ragioni dell'intervento del Legislatore**

Le disposizioni, oggetto di esame nel presente capitolo, **sono state inserite in sede di conversione in legge del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76**, in accoglimento di un emendamento (8.121) presentato nell'ambito dell'approvazione in Senato (AS 1883) e sostenuto da ANCI, confermato nella successiva trattazione da parte della Camera (AC 2648). Prima di entrare nel merito delle disposizioni del codice dei contratti pubblici (in avanti anche "CCP"), modificate per effetto della conversione del decreto semplificazioni (segnatamente, si tratta degli interventi modificativi agli articoli 30, 59 e 140), pare opportuno richiamare la genesi dell'auspicato ed avvenuto intervento del Legislatore. Il rapporto fra il CCP ed il coevo codice del Terzo settore (in avanti solo "CTS"), approvato con d.lgs. n. 117/2017 e ss. mm., in attuazione della relativa legge delega (n. 106/2016), non è stato solo un tema fra gli "addetti ai lavori", ma ha riguardato anche gli enti locali nell'organizzazione e nell'affidamento dei propri servizi.

In altri termini, non si trattava solo di stabilire il corretto rapporto fra il CCP, quale disciplina generale sull'affidamento dei contratti pubblici, e il CTS, quale disciplina speciale relativa agli Enti di Terzo Settore (in avanti anche solo "ETS"), dunque, nell'ambito della problematica del "sistema delle fonti", ma – soprattutto – occorreva disporre di indicazioni, normative e giurisprudenziali, univoche per l'attivazione di procedimenti da parte, fra l'altro, degli enti locali, corretti e funzionali agli interessi concretamente individuati dagli enti medesimi. Tale bisogno di chiarezza, interpretativa ed applicativa, è diventato urgente a seguito del parere reso dall'apposita Commissione Consultiva del Consiglio di Stato (n. 2050 del 20 agosto 2019) in risposta ad un quesito formulato dall'ANAC, relativo – per l'appunto – al rapporto fra i due codici ai fini dell'affidamento dei servizi sociali.

Come noto, il richiamato parere reso dal Consiglio di Stato ha fornito un'interpretazione particolarmente restrittiva, in ordine alla piena agibilità degli strumenti (collaborativi) previsti dal CTS e ciò, volendo schematizzare con estrema sinteticità, in ragione dell'affermata supremazia del diritto euro-unitario in materia di affidamento dei contratti pubblici (dunque, delle Direttive appalti e concessioni del 2014) e, conseguentemente, del CCP, quale disciplina generale di recepimento. Siffatto orientamento ha ingenerato una significativa incertezza interpretativa sull'utilizzo degli strumenti previsti dal Titolo VII del CTS (e, dunque, della co-programmazione, della co-progettazione, dell'accreditamento e delle convenzioni), che, a sua volta, ha determinato un impatto sull'attivazione, da parte degli enti locali, di proficui rapporti con ETS, improntati alla collaborazione più che alla competizione, tipica dei mercati concorrenziali degli appalti pubblici. In relazione a tale problematica è successivamente intervenuta la Corte costituzionale, che – con sentenza n. 131 del 26 giugno 2020 – nell'esaminare la questione di legittimità costituzionale posta dal Governo su una legge regionale, relativa alle c.d. cooperative di comunità, ha

affrontato il tema dell'utilizzo degli strumenti di collaborazione fra PA ed ETS, introdotti dal CTS, anche da parte di tali soggetti, all'interno del sistema delle fonti.

Ad avviso della Corte "(...) il citato art. 55 (...) rappresenta dunque una delle più significative attuazioni del principio orizzontale valorizzato dall'art. 118, quarto comma, Cost.

(...) l'art. 55 CTS realizza per la prima volta in termini generali una vera e propria procedimentalizzazione dell'azione sussidiaria (...). L'art. 55 CTS, infatti, pone in capo ai soggetti pubblici il compito di assicurare (...) il coinvolgimento attivo degli ETS (...). Si instaura, in questi termini, tra i soggetti pubblici e gli ETS un canale di amministrazione condivisa, alternativo a quello del profitto e del mercato (...). Il modello configurato dall'art. 55 CTS, infatti, non si basa sulla corresponsione di prezzi e corrispettivi dalla parte pubblica a quella privata, ma sulla convergenza di obiettivi e sull'aggregazione di ri-sorse pubbliche e private (...)."

In buona sostanza, la Corte ha confermato l'esistenza di un diritto comune del Terzo settore, all'interno del quale è presente una particolare codificazione dei rapporti fra PA ed ETS, in conseguenza della volontà della prima e dell'adesione dei secondi alla realizzazione di attività di interesse generale. E' interessante rilevare che la Corte, per giungere all'affermazione del principio sopra richiamato, trovi un fondamento normativo proprio all'interno della disciplina europea sugli affidamenti dei contratti pubblici (dunque, nella Direttiva 2014/23/UE in materia di appalti). L'intervento del Legislatore, in sede di conversione del decreto semplificazioni, ha, dunque, introdotto delle modifiche al CCP finalizzate a chiarire il rapporto con il coevo CTS.

## **8.2. Le modifiche al codice dei contratti pubblici: il rinvio al codice del Terzo settore**

**In accoglimento dell'emendamento presentato in sede di conversione del decreto semplificazioni sono state modificate tre disposizioni del CCP e segnatamente:**

- 1) all'art. 30, recante i *principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni*;**
- 2) all'art. 59, recante *scelta delle procedure e oggetto del contratto*;**
- 3) all'art. 140, recante *norme applicabili ai servizi sociali e ad altri servizi specifici dei settori speciali*.**

Si tratta, pertanto, non già di una disposizione isolata, pur rilevante, quanto piuttosto di un intervento organico del Legislatore proprio all'evidente fine di chiarire il rapporto fra i due codici; i quali, pertanto, sono posti in posizione di equi-ordinazione, in applicazione del principio di specialità delle fonti e di coerenza anche con il diritto dell'UE (Considerando 114 per quanto riguarda i servizi alla persona e art. 1, comma 4 della Direttiva appalti). La prima conferma proviene, dunque, proprio dall'inserimento del richiamo al CTS all'interno dell'art. 30, il quale indica i principi generali, posti a presidio dell'affidamento dei contratti pubblici. Ne deriva che il CCP non disciplina tutte le procedure di affidamento e le altre attività amministrative in materia di contratti pubblici, fra le quali sono indicate espressamente le forme di coinvolgimento degli enti del Terzo settore, ai sensi del CTS. Allo stesso modo e per la medesima finalità di coordinamento, le modifiche apportate

all'art. 59 ribadiscono la specialità delle forme di relazione che possono essere instaurata fra PA ed ETS in applicazione del CTS, quale "amministrazione condivisa", seguendo le parole della Corte costituzionale. Qui la norma è particolarmente incisiva, dal momento che chiarisce che le amministrazioni aggiudicatrici scelgono le procedure di affidamento, fra quelle indicate dalla disposizione, ma **"fermo restando quanto previsto dal titolo VII del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117"**.

Il CCP finalmente chiarisce che le amministrazioni pubbliche – nell'esercizio della propria discrezionalità – possono scegliere fra gli strumenti dell'amministrazione condivisa, disciplinate dal CTS, o, in alternativa, fra gli strumenti del mercato concorrenziale dell'affidamento dei contratti pubblici, disciplinati dal CCP. Infine, l'ultima modifica riguarda specificatamente la norma relativa all'affidamento di servizi sociali e degli altri servizi dell'Allegato IX, in ragione del regime "alleggerito" previsto già dalle stesse Direttive europee in relazione a tali servizi. Anche in questo caso, il Legislatore "fa salvo" quanto previsto dal Titolo VII del più volte richiamato CTS.

Per effetto della conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge n. 76/2020, il testo coordinato delle disposizioni del CCP, interessate dall'intervento normativo, è il seguente (le parti aggiunte sono indicate in grassetto):

**"Art. 30**

*Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni)*

*(...) 8. Per quanto non espressamente previsto nel presente codice e negli atti attuativi, alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici **nonché di forme di coinvolgimento degli enti del Terzo settore previste dal titolo VII del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117** si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile.*

**Art. 59**

*(Scelta delle procedure e oggetto del contratto )*

**1. Fermo restando quanto previsto dal titolo VII del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, nell'aggiudicazione di appalti pubblici, le stazioni appaltanti utilizzano le procedure aperte o ristrette, previa pubblicazione di un bando o avviso di indizione di gara. Esse possono altresì utilizzare il partenariato per l'innovazione quando sussistono i presupposti previsti dall'articolo 65, la procedura competitiva con negoziazione e il dialogo competitivo quando sussistono i presupposti previsti dal comma 2 e la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara quando sussistono i presupposti previsti dall'articolo 63. Fatto salvo quanto previsto al comma 1-bis, gli appalti relativi ai lavori sono affidati, ponendo a base di gara il progetto esecutivo, il cui contenuto, come definito dall'articolo 23, comma 8, garantisce la rispondenza dell'opera ai requisiti di qualità predeterminati e il rispetto dei tempi e dei costi previsti. E' vietato il ricorso all'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione di lavori ad esclusione dei casi di affidamento a contraente generale, finanza di progetto, affidamento in concessione, partenariato pubblico privato,**

*contratto di disponibilità, locazione finanziaria, nonché delle opere di urbanizzazione a scomputo di cui all'articolo 1, comma 2, lettera e). Si applica l'articolo 216, comma 4-bis. ((12)).*

**Art. 140**

*(Norme applicabili ai servizi sociali e ad altri servizi specifici dei settori speciali)*

*1. Gli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici di cui all'allegato IX sono aggiudicati in applicazione degli articoli 142, 143, 144, **salvo quanto disposto nel presente articolo e fermo restando quanto previsto dal titolo VII del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117**. Le disposizioni di cui all'articolo 142, comma 5-octies, si applicano ai servizi di cui all'articolo 142, comma 5-bis, nei settori speciali di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 35, comma 2, lettera c). Per quanto riguarda la disciplina della pubblicazione degli avvisi e dei bandi, gli enti aggiudicatori che intendono procedere all'aggiudicazione di un appalto per i servizi di cui al presente comma rendono nota tale intenzione con una delle seguenti modalità:*

*a) mediante un avviso di gara;*

*b) mediante un avviso periodico indicativo, che viene pubblicato in maniera continuativa. L'avviso periodico indicativo si riferisce specificamente ai tipi di servizi che saranno oggetto degli appalti da aggiudicare. Esso indica che gli appalti saranno aggiudicati senza successiva pubblicazione e invita gli operatori economici interessati a manifestare il proprio interesse per iscritto;*

*c) mediante un avviso sull'esistenza di un sistema di qualificazione che viene pubblicato in maniera continuativa”.*

### **8.3. L'affidamento dei servizi sociali dopo il decreto semplificazioni**

Il decreto semplificazioni, mediante l'intervento normativo di coordinamento, non meramente formale, ma ricco di portata applicativa, per le ragioni in precedenza esposte, ha dunque chiarito che le PA possono esprimere, in forza della discrezionalità loro riconosciuta dall'ordinamento, ad iniziare dalla stessa Costituzione, una volontà di scelta fra le forme di affidamento di servizi disciplinate dal CCP oppure quelle del CTS. Si tratta di strumenti legislativamente “parificati”, nel senso che il CCP non prevale automaticamente sul CTS, essendo piuttosto una scelta in primo luogo discrezionale e, comunque, ancorata al rispetto dei presupposti e delle modalità disciplinate dal Titolo VII del CTS. In primo luogo, l'evidenza pubblica resta sempre la “via maestra”, ma diversa ne è la declinazione. Agli affidamenti di servizi mediante appalto o concessione si applica la disciplina competitiva del mercato concorrenziale del CCP, con le relative forme di pubblicità e di trasparenza, nonché secondo le disposizioni introdotte e modificate dal decreto semplificazioni, esaminate nel presente lavoro. Nell'attivare, invece, forme di “amministrazione condivisa” previste dagli articoli 55, 56 o 57 del CTS l'evidenza pubblica è quella tipica dei procedimenti amministrativi, con la conseguente applicazione della legge n. 241/1990 e ss. mm.

Inoltre, laddove le PA decidano di attivare rapporti collaborativi con ETS, occorrerà verificare se sussistano leggi o provvedimenti normativi o regolamentari emanati dalle Regioni e dalle Province Autonome, in relazione alle c.d. “attività di interesse generale”, indicate dall’art. 5 del CTS. Ancora, occorrerà tenere conto dei regolamenti comunali vigenti direttamente o indirettamente applicabili in relazione ai procedimenti di cui al Titolo VII del CTS (quali, a titolo meramente esemplificativo, sulla concessione di contributi e sovvenzioni pubblici, concessione di beni, affidamento di contratti e procedimento amministrativo, eventuali regolamenti sulla co-programmazione, co-progettazione e convenzioni). A tale ultimo proposito, si segnala che presso il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali è stato costituito un gruppo tecnico di lavoro, di cui fanno parte, fra l’altro, oltre al predetto Ministero, alcune Regioni e ANCI, chiamato ad elaborare un documento tecnico sui contenuti minimi degli atti dei procedimenti di cui al più volte indicato Titolo VII del CTS e sugli adempimenti in materia di tracciabilità dei flussi finanziari, di pubblicità e di trasparenza. Di seguito una tabella di sintesi delle modalità di affidamento dei servizi sociali fra le forme previste dal CCP e dal CTS

<p><b>CCP</b>  PA= amministrazione aggiudicatrice;  procedure ai sensi degli artt. 59 e ss.;  Rup ai sensi dell’art. 31;  fasi della procedura ai sensi dell’art. 32;  adempimenti in materia di trasparenza ai sensi dell’art. 29;  obblighi in materia di conflitti di interesse ai sensi degli articoli 42 e 80;  importo a base d’asta;  corrispettivo d’appalto.</p>	<p><b>CTS</b>  PA= amministrazione “precedente” (ai sensi della legge n. 241/1990);  procedure ai sensi degli artt. 55, 56 e 57; (e della eventuale legislazione regionale)  Rup ex artt. 6 e ss. L. n. 241/90;  fasi della procedura ai sensi degli artt. 55, 56 e 57 CTS (della legge n. 241/1990 e della eventuale legislazione regionale);  adempimenti in materia di trasparenza e di pubblicità ai sensi del d. lgs. n. 33/2013 e ss. mm.;  obblighi in materia di conflitti di interesse ai sensi dell’art. 6 bis legge 241/1990;  budget/quadro economico di progetto;  contributo ai sensi dell’art. 12 legge n. 241/1990, oggetto di rendicontazione.</p>
---	---



**iFEL Fondazione ANCI**  
**Istituto per la Finanza**  
**e l'Economia Locale**

Piazza San Lorenzo in Lucina, 26  
00186 Roma

[www.fondazioneifel.it](http://www.fondazioneifel.it)