

Appalti 20 Luglio 2020

Di Semplificazioni, dai tempi contingentati alle garanzie: tutte le novità per gli appalti sottosoglia

di Roberto Mangani

Stampa

In breve

L'ultima novità riguarda la possibilità (malcoordinata) di assegnare in via fiduciaria forniture e servizi fino alle soglie Ue

Tra le novità più attese del Decreto semplificazioni in materia di contratti pubblici vi sono sicuramente quelle relative all'affidamento degli appalti di lavori, forniture e servizi di importo inferiore alle soglie comunitarie.

Le relative disposizioni – contenute all'articolo 1 – derogano alle previsioni generali contenute nell'articolo 36 comma 2 del D.lgs. 50/2016 e in quelle specifiche sugli incarichi di progettazione di cui all'articolo 157, comma 2.

La deroga ha natura temporanea. Vale infatti per tutti gli affidamenti per i quali la determina a contrarre – o altro atto equivalente – sia adottata entro il 31 luglio 2021. In sostanza un anno di regole semplificate, fermo restando che i relativi procedimenti di affidamento si potranno concludere anche successivamente al 31 luglio 2021, a condizione che siano stati avviati con la determina a contrarre prima di tale data.

Occorre ricordare che la determina a contrarre deve contenere, ai sensi dell'articolo 32, comma 2, l'indicazione dell'oggetto dell'affidamento, l'importo del contratto, il contraente e le ragioni della scelta del contraente, nonché il possesso da parte di quest'ultimo dei requisiti generali e speciali. Sotto questo profilo assume particolare significato, quale elemento legittimante l'affidamento secondo modalità semplificate e in particolar modo l'affidamento diretto, l'indicazione delle ragioni che sono alla base della scelta del contraente, che vengono a costituire il substrato motivazionale che giustifica l'affidamento a favore di un determinato operatore. Questo elemento rappresenta infatti uno dei pochi momenti di controllo e di verifica dell'operato dell'ente appaltante, che per il resto è caratterizzato dalla più ampia discrezionalità.

Il contingentamento dei tempi

Un punto qualificante della disciplina derogatoria è costituito dal contingentamento dei tempi di svolgimento della procedura di affidamento. Viene infatti previsto che l'aggiudicazione deve avvenire:

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

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

Al riguardo va evidenziato che mentre per l'affidamento diretto il termine di due mesi appare congruo, qualche complicazione può sorgere in caso di procedura negoziata, che comunque sconta un'articolazione più complessa, specie laddove il criterio di aggiudicazione sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Viene poi precisato che all'aggiudicazione nei tempi indicati deve seguire un iter altrettanto accelerato – anche se in questo caso non sono indicati termini predefiniti - nelle successive fasi di stipulazione del contratto e di avvio della fase esecutiva del contratto.

Relativamente alla stipulazione del contratto, si pone una questione interpretativa relativa all'applicazione dello c.d. stand still, cioè della previsione secondo cui il contratto non può essere stipulato prima che siano decorsi trentacinque giorni dalla comunicazione del provvedimento di aggiudicazione (articolo 32, comma 9). In base al successivo comma 10, lo stand still non opera esclusivamente in caso di affidamenti diretti e per gli affidamenti fino alle soglie comunitarie per gli appalti di forniture e servizi e fino a 150.000 euro per gli appalti di lavori. In mancanza di un coordinamento tra questa previsione e le nuove

disposizioni transitorie introdotte dal Decreto semplificazioni, si deve ritenere che per gli affidamenti di lavori ricompresi tra 150.000 euro e la soglia comunitaria resti l'obbligo di rispettare lo stand still.

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

Inoltre, se i ritardi sono dovuti all'impresa, determinano l'esclusione della stessa dalla procedura o la risoluzione del contratto eventualmente stipulato per inadempimento (questa fattispecie deve necessariamente riferirsi al ritardo nell'avvio della fase esecutiva).

L'affidamento diretto

È previsto per l'affidamento degli appalti di lavori, forniture e servizi, inclusi gli incarichi di progettazione, di importo inferiore a 150.000 euro. Tuttavia, per servizi e forniture viene specificato – con un'aggiunta dell'ultimo momento che si sovrappone alla precedente versione - che l'affidamento diretto è comunque consentito per gli appalti di importo fino alle soglie comunitarie, come indicate dall'articolo 35 del D.lgs.50.

La norma ha una formulazione equivoca, che consente diverse interpretazioni. Occorre infatti considerare che per le forniture e i servizi l'articolo 35 prevede due soglie: 139.000 euro per le autorità governative centrali e 214.000 euro per le altre amministrazioni aggiudicatrici.

Alla luce di questa previsione, una prima interpretazione è che, fermo restando il limite massimo di carattere generale di 150.000 euro, per le amministrazioni centrali il limite dell'affidamento diretto si abbassa a 139.000 euro. La seconda interpretazione è che l'inciso introdotto faccia venire meno, per le forniture e i servizi, il limite di 150.000 euro e quindi che l'importo massimo per i relativi affidamenti diretti sia di 139.000 euro per le amministrazioni centrali e 214.000 euro per le altre amministrazioni aggiudicatrici.

L'affidamento diretto non implica alcun obbligo di confronto comparativo tra più offerte. Può tuttavia essere una prassi corretta, anche al fine di supportare nella determina a contrarre le ragioni della scelta di un determinato operatore, la richiesta, anche secondo modalità informali, di più preventivi da mettere a confronto.

L'affidamento tramite procedura negoziata

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

- per gli appalti di servizi e forniture di importo fino alla soglia comunitaria, vanno invitati almeno cinque operatori economici;
- per gli appalti di lavori gli operatori da invitare sono almeno cinque per importi fino a 350.000 euro, dieci per importi tra 350.000 e 1 milione di euro, quindici per importi tra 1 milione di euro e la soglia comunitaria.

Quanto alle modalità di selezione dei soggetti da invitare vengono riproposti i criteri conosciuti. In primo luogo l'applicazione del criterio di rotazione; in secondo luogo, il ricorso a indagini di mercato o elenchi di fiducia. In entrambi i casi, il rispetto dei principi generali di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento implica che le due modalità indicate siano assistite da idonee forme di pubblicità, che consentano a tutti gli operatori potenzialmente interessati di essere presi in considerazione ai fini degli inviti. Tuttavia, una volta rispettati i criteri indicati, la scelta dei soggetti da invitare è connotata da ampia discrezionalità.

L'unico elemento nuovo che viene introdotto riguarda la necessità di tenere conto, in sede di rotazione degli inviti, di una diversa dislocazione territoriale delle imprese invitate. Si tratta di una formulazione non chiara, che non si comprende se voglia favorire le imprese localizzate sul territorio dove deve essere eseguito l'appalto o, al contrario, una articolazione degli inviti a imprese che operano in diverse parti del territorio nazionale.

È in ogni caso previsto che l'avviso sui risultati della procedura di affidamento contenga anche l'indicazione dei soggetti invitati.

Il criterio di aggiudicazione

In caso di procedura negoziata la scelta del criterio di aggiudicazione tra il prezzo più basso e l'offerta economicamente più vantaggiosa è lasciata alla discrezionalità dell'ente appaltante, che la può esercitare senza alcun vincolo precostituito. Viene

quindi meno la preferenza per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa che, nella logica ordinaria del D.lgs. 50, relega il prezzo più basso ad ipotesi predeterminate.

È inoltre ampliato l'ambito di applicazione del meccanismo di esclusione automatica delle offerte anomale. Per farlo operare è sufficiente che il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque, in luogo del numero di dieci previsto in via ordinaria dal D.lgs. 50.

La garanzia provvisoria

Come regola generale per gli affidamenti in questione – ma in realtà la disposizione sembra più che altro riferita allo svolgimento della procedura negoziata - l'ente appaltante non richiede la cauzione provvisoria a garanzia dell'offerta, di cui all'articolo 93 del D.lg. 50.

Questa regola può subire eccezioni qualora le stesse siano giustificate da esigenze correlate alla tipologia e specificità della singola procedura. In questo caso l'ente appaltante deve indicare in maniera esplicita che intende richiedere la garanzia provvisoria, che comunque è dimezzata rispetto a quanto previsto dall'articolo 93.