

Appalti 15 Settembre 2020

# Di Semplificazioni, dai tempi ai criteri di aggiudicazione: così cambiano gli appalti sottosoglia

di Roberto Mangani

◀ Stampa

## In breve

### Guida ai piccoli e medi affidamenti dopo la conversione in legge del DI 76/2020

Le modalità semplificate di affidamento degli appalti di lavori, forniture e servizi di importo inferiore alle soglie comunitarie rappresentano uno degli aspetti centrali del Decreto legge 76/2020 (c.d. Decreto semplificazioni). Le novità introdotte sul punto dalla legge di conversione sono limitate e non toccano l'impianto complessivo della disciplina originariamente contenuta nel Decreto.

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

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 dicembre 2021. Sotto questo profilo la legge di conversione ha ampliato il periodo temporale di deroga, che il Decreto legge 76/2020 fissava al 31 luglio 2021.

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

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. Questo aspetto è stato oggetto di significativa attenzione in questi mesi, ritenendosi in particolare che esso costituisca espressione della volontà di superare le lungaggini amministrative dovute a inerzia dei funzionari pubblici.

Nello specifico viene previsto che l'aggiudicazione deve avvenire:

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

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

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. Va ribadito che non è sufficiente la semplice pendenza di un contenzioso a impedire la stipulazione del contratto e l'avvio della fase esecutiva.

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

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

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.

Sotto questo profilo non si può ignorare che restano ampi spazi di discrezionalità in ordine all'accertamento della effettiva sussistenza della responsabilità erariale, anche in considerazione dei molteplici elementi che possono comunque giustificare la mancata tempestiva stipula del contratto o il mancato avvio dell'esecuzione.

Viene infine specificato che 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 di importo inferiore a 150.000 euro e di forniture e servizi, inclusi gli incarichi di progettazione, di importo inferiore a 75.000 euro.

Si tratta della modifica più rilevante introdotta dalla legge di conversione, che per le forniture e servizi ha abbassato in misura significativa l'importo entro il quale è consentito l'affidamento diretto, che nell'originaria versione del Decreto legge 76/2020 prevedeva anche per forniture e servizi la soglia di 150.000 o la diversa soglia prevista dall'articolo 35 del D.lgs. 50 (cioè 139.000 euro per le autorità governative centrali e 214.000 euro per le altre amministrazioni aggiudicatrici).

La modifica introdotta comporta che dall'entrata in vigore della legge di conversione l'affidamento diretto di servizi e forniture è consentito solo entro il limite di importo di 75.000 euro. Resta il dubbio se il diverso limite di 150.000 previsto originariamente dal Decreto legge 76/20 resti valido qualora si tratti di affidamenti per i quali la determina a contrarre sia intervenuta prima dell'entrata in vigore della legge di conversione. Decisivo per risolvere il dubbio è stabilire se ciò che rileva ai fini dell'applicazione della relativa disciplina è il momento di perfezionamento dell'incarico o il momento dell'adozione della determina a contrarre. Considerato che per gli affidamenti diretti non vi è una procedura di selezione in senso proprio che si sviluppa attraverso una serie di atti che prende origine dalla determina a contrarre ma il conferimento diretto di un incarico, appare preferibile la prima soluzione.

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.

La legge di conversione ha infine introdotto una previsione secondo cui la pubblicazione dell'avviso sui risultati dell'affidamento non è obbligatoria per gli affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro.

#### **L'affidamento tramite procedura negoziata**

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

Sono comunque previste forme di pubblicità che diano evidenza dell'attività svolta. In particolare, la legge di conversione ha introdotto una previsione secondo cui dell'avvio delle procedure negoziate le stazioni appaltanti devono dare notizia tramite pubblicazione dei relativi avvisi nei rispettivi siti internet istituzionali. È inoltre stabilito che l'avviso sui risultati della procedura di affidamento contenga anche l'indicazione dei soggetti invitati.

Tuttavia – come visto - la pubblicazione di tale avviso non è obbligatoria per gli affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro. In realtà questa specificazione – introdotta anch'essa dalla legge di conversione – appare mal collocata, poiché riguarda gli affidamenti operati non tramite procedura negoziata, ma in via diretta.

#### **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 preconstituito. 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.

Su questo principio generale la legge di conversione ha tuttavia introdotto una rilevante novità. Viene infatti fatta salva la previsione contenuta all'articolo 95, comma 3 del D.lgs. 50. Ne consegue che il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa resta l'unico utilizzabile nei seguenti casi:

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

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.

