

Appalti 15 Settembre 2020

Di Semplificazioni, maxi-scorciatoie per i grandi appalti con le deroghe soprasoglia

di Roberto Mangani

◀ Stampa

In breve

Le Pa potranno derogare all'intero codice dei contratti rispettando le regole penali e i principi Ue

Anche relativamente agli affidamenti di importo pari o superiore alle soglie comunitarie le novità contenute nel Decreto legge 76/2020 (articolo 2) sono significative. Tali novità scontano la necessità di rispettare i vincoli imposti dalla disciplina comunitaria. E tuttavia, pur nell'osservanza di tali vincoli, vengono individuati notevoli spazi di manovra diretti a semplificare e accelerare lo svolgimento delle procedure di gara, specie in relazione agli investimenti che afferiscono ad alcuni settori di attività.

Poche le novità introdotte sotto questo profilo dalla legge di conversione. Una della novità riguarda la durata temporale delle norme derogatorie, che è stata ampliata fino al 31 dicembre 2021 (in luogo del 31 luglio 2021 prevista nella versione originaria del DL 76/2020). Le deroghe valgono quindi per tutte le procedure la cui determina a contrarre o altro atto equivalente di avvio del procedimento sia adottato entro la suddetta data del 31 dicembre 2021.

Il contingentamento dei tempi

Per queste procedure viene stabilito un termine di ultimazione predefinito, nel senso che l'aggiudicazione deve intervenire entro sei mesi dall'adozione della delibera a contrarre o dell'atto equivalente (comma 1). Questo termine può non essere rispettato unicamente nell'ipotesi in cui la procedura di gara sia stata sospesa 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.

Il mancato rispetto del termine di sei mesi non incide tuttavia sulla legittimità della procedura, essendo piuttosto sancito – come si dirà subito appresso – un possibile effetto sanzionatorio che colpisce essenzialmente il responsabile unico del procedimento.

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.

Come si diceva, lo sfioramento del termine di sei 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. L'intento della norma è evidentemente quello di colpire lungaggini procedurali che non trovano valida giustificazione. In questa logica, si viene a prefigurare un ambito di responsabilità in capo al Rup, cui evidentemente spetta di evidenziare le eventuali ragioni dei ritardi, al fine di escludere la responsabilità per danno erariale, che in qualche modo viene presunta dalla norma.

Le procedure ordinarie

Come regola generale – ma che poi subisce rilevanti deroghe, come si vedrà appresso – viene confermato che le procedure da adottare per l'affidamento dei contratti sopra soglia sono quelle ordinarie, e cioè la procedura aperta o ristretta – a scelta dell'ente appaltante – ovvero la procedura competitiva con negoziazione, di cui all'articolo 62 del D.lgs. 50 o ancora il dialogo competitivo di cui al successivo articolo 64 (comma 2). Relativamente a queste due ultime procedure, viene precisato che il ricorso alle stesse implica una "motivazione sulla sussistenza dei presupposti previsti dalla legge". In realtà, mentre per il dialogo competitivo l'articolo 64 richiama la necessità che la stazione appaltante motivi in ordine alla sussistenza dei presupposti per il ricorso al medesimo, con riferimento alla procedura negoziata l'articolo 62 non individua alcun presupposto

vincolante per l'utilizzo della stessa, limitandosi a stabilire che l'ente appaltante deve essere nelle condizioni di fornire una descrizione delle esigenze che si intendono soddisfare e di illustrare le caratteristiche tecniche delle forniture, dei servizi e dei lavori, al fine di avviare la procedura e sviluppare la negoziazione con i concorrenti.

L'unica specifica deroga che viene introdotta riguarda i termini delle procedure, applicandosi i termini ridotti per ragioni di urgenza previsti dalle corrispondenti disposizioni del D.lgs. 50.

La procedura negoziata senza pubblicità

Sotto questo profilo il comma 3 tende ad ampliare l'ambito di utilizzo della procedura negoziata senza pubblicità prevista dall'articolo 63 (per i settori ordinari) e dall'articolo 125 (per i settori speciali) del D.lgs. 50.

Queste disposizioni già prevedono come regola ordinaria che si possa ricorrere a questo tipo di procedura, tra l'altro, per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dall'ente appaltante e non imputabili allo stesso e nella misura strettamente necessaria.

La peculiarità introdotta dal Decreto legge 76/2020 consiste in uno stretto collegamento che viene operato tra l'estrema urgenza e la pandemia Covid. Anche se con una formulazione involuta, in qualche modo gli effetti negativi derivanti da tale pandemia o dal periodo di sospensione delle attività economiche dalla stessa derivanti vengono considerati quali ragioni giustificatrici dell'estrema urgenza. La conseguenza è che gli affidamenti da considerarsi correlati a tali effetti negativi possono essere operati ricorrendo alla procedura negoziata senza pubblicità.

È evidente che si tratta di una previsione che offre margini interpretativi molto ampi. Correlare l'estrema urgenza agli effetti della pandemia Covid significa lasciare un ambito di discrezionalità molto significativo in capo ai singoli enti appaltanti, che sono chiamati a valutare in autonomia se un determinato affidamento abbia i caratteri dell'urgenza in relazione agli effetti conseguenti alla pandemia Covid.

In termini generali il ricorso alla procedura negoziata in via di urgenza è astrattamente ammissibile per ogni settore di attività e per ogni tipologia di affidamento. Proprio questa potenziale estensione e la sostanziale indeterminatezza dell'effettivo ambito di applicazione della norma presenta peraltro il rischio di interpretazioni disomogenee che possono avere ricadute anche in termini di possibile contenzioso.

La legge di conversione ha introdotto due novità in relazione al ricorso alla procedura negoziata senza pubblicità. La prima prevede che tale procedura sia avviata "previa pubblicazione dell'avviso di indizione della gara o di altro atto equivalente, nel rispetto di un criterio di rotazione". Previsione che appare singolare e di difficile attuazione operativa, posto che la procedura negoziata senza pubblicità si caratterizza proprio per il fatto che non vi è una gara in senso formale né tanto meno un avviso di indizione della medesima. In altri termini, l'emendamento introdotto appare fuori contesto, in quanto viene a imporre una forma di pubblicità in relazione a una procedura che per sua natura si caratterizza proprio per la mancanza di pubblicità preventiva.

La seconda novità riguarda la possibilità di utilizzare la procedura negoziata senza pubblicità – al di là dell'emergenza Covid – ai fini dell'affidamento dei contratti funzionali all'attuazione degli interventi di bonifica dei siti inquinati nazionali di preminente interesse pubblico, oggetto di accordi di programma ai sensi dell'articolo 252 – bis del D.lgs. 152/2006.

Le ulteriori deroghe procedurali

Il comma 4 introduce ulteriori deroghe procedurali sia in relazione all'emergenza pandemia Covid che, più in generale, con riferimento a significativi settori di attività.

Per definire in maniera puntuale l'ambito di applicazione della deroga il comma 4 opera in primo luogo un rinvio al precedente comma 3. Questo rinvio fa dunque rientrare nelle ulteriori deroghe procedurali l'ipotesi dell'estrema urgenza conseguente alla pandemia Covid, per la quale – come visto – il medesimo comma 3 consente il ricorso alla procedura negoziata senza pubblicità.

Si tratta in realtà di una sovrapposizione che rischia di creare confusione, giacché la previsione del comma 4, essendo di carattere più ampio rispetto a quella del comma 3, finisce nella sostanza per annullarne la portata. Infatti, le deroghe ampie previste dal comma 4 includono anche la possibilità di ricorrere alla procedura negoziata senza pubblicità, prevista dal comma 3.

Ma la portata sostanziale delle deroghe procedurali consentite dal comma 4 si coglie in relazione ai settori di attività in cui le stesse trovano applicazione. Si tratta 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, compresi gli interventi di cui ai Contratti di programma Anas e Rfi, agli interventi funzionali alla realizzazione del Piano nazionale integrato per l'energia e il clima, nonché – come indicazione finale di chiusura – ai contratti relativi o collegati.

Inoltre, con una novità introdotta in sede di legge di conversione, sono stati ricompresi anche gli interventi per la messa a norma o in sicurezza degli edifici pubblici destinati ad attività istituzionali.

Come si vede si tratta di un ambito applicativo molto ampio, che finisce per ricomprendere tutti gli interventi infrastrutturali da attuare nei settori più significativi.

Per questi interventi le stazioni appaltanti possono procedere all'affidamento dei relativi contratti di appalto di forniture, servizi e lavori, e a disciplinare la fase esecutiva degli stessi, in deroga a ogni disposizione di legge, con alcuni limitati vincoli, e cioè:

- a) il rispetto delle norme penali;
- b) il rispetto della normativa antimafia;
- c) il rispetto dei vincoli di origine comunitaria, in primo luogo quelli derivanti dalle direttive UE in materia di appalti;
- d) l'osservanza di alcuni principi generali contenuti nell'articolo 30, dei criteri in materia di sostenibilità energetica e ambientale di cui all'articolo 34 e delle norme sul conflitto di interesse di cui all'articolo 42, sempre del D.lgs. 50;
- e) il rispetto delle disposizioni in materia di subappalto.

Si tratta quindi di una deroga molto ampia, che nella sostanza esonera le stazioni appaltanti dall'osservanza di tutto l'articolato complesso normativo contenuto nel Dlgs. 50. Sotto il profilo delle procedure di gara, ciò significa che resta ferma la necessità di svolgere le procedure previste dalle direttive comunitarie, cioè la procedura aperta, ristretta e competitiva con negoziazione, mentre il ricorso alla procedura negoziata senza pubblicità resta condizionato al ricorso delle circostanze indicate dalla medesima direttiva comunitaria. Tuttavia, nell'ambito delle indicate procedure, non dovranno essere necessariamente applicate, ad esempio, le disposizioni puntuali in materia di cause di esclusione, criteri di aggiudicazione, offerte anomale, commissioni giudicatrici, etc.

L'ente appaltante avrà dunque un notevole margine di discrezionalità nel definire le regole della procedura di gara, avendo come unico vincolo le disposizioni contenute nelle direttive comunitarie, che sono significativamente più snelle e meno dettagliate rispetto a quelle contenute nella normativa nazionale.

Ancora maggiore è poi la libertà di azione nella disciplina della fase esecutiva per la quale, in mancanza di previsioni contenute nelle direttive comunitarie, l'unico riferimento è rappresentato dalle poche norme del codice civile (oltre che di quelle in materia di subappalto).

Responsabile del procedimento e obblighi di trasparenza

Viene ribadita l'esigenza – in realtà già contemplata nella normativa ordinaria – che per ogni procedura di appalto vi sia un responsabile unico del procedimento che, con propria determinazione motivata approva ciascuna fase del contratto, dalla progettazione all'esecuzione, anche relativamente agli accadimenti in corso d'opera.

Infine, è prevista la pubblicazione di tutti gli atti adottati dagli enti appaltanti ai sensi di quanto previsto dalle presenti norme derogatorie nella sezione Amministrazione trasparente del sito internet istituzionale dell'ente appaltante.