

Appalti 01 Settembre 2021

# Gare: procedura negoziata e massimo ribasso, benvenuti nel nuovo sottosoglia

di Stefano Usai

◀ Stampa

## In breve

L'esclusione automatica emergenziale andrebbe chiaramente esplicitata negli atti di gara

La legge 108/2021 di conversione del Dl 77/2021 ha ricalibrato le procedure negoziate previste – come già nel Dl 76/2020 – per l'intero sottosoglia comunitario, tanto per i servizi e forniture (compresi i servizi tecnici) quanto per i lavori. Più nel dettaglio la modifica sostanziale è stata quella di ridurre ulteriormente, per i lavori, il numero minimo degli operatori economici da invitare alla competizione. Modifiche che rendono le procedure negoziate codicistiche/ordinarie praticamente inutilizzabili.

### Le modifiche

La legge 108/2021, di conversione del Dl 77/2021, ha chiaramente definito - nel periodo emergenziale esteso fino al 30 giugno 2023 - le procedure utilizzabili per importi d'appalto pari o superiori ai 139mila euro, e fino al sottosoglia comunitario, per beni e servizi e per i lavori per importi pari o superiori ai 150mila euro fino all'intero sottosoglia individuando non più tre fattispecie ma riducendole a due. Per beni e servizi, compresi i servizi tecnici (articolo 157 del Codice) per l'importo predetto le stazioni appaltanti procederanno con una procedura negoziata con almeno 5 inviti rispettando rotazione ed evitando la concentrazione degli inviti se la determina a contrarre, che avvia il procedimento amministrativo, viene adottata entro il 30 giugno 2023. Ciò significa, sotto il profilo pratico, che per l'effetto "trascinamento" la procedura negoziata potrà essere espletata concretamente, con aggiudicazione almeno non efficace, entro i successivi 4 mesi per evitare il potenziale danno erariale e quindi anche oltre il mese di giugno predetto.

Sostanziale, invece, la modifica apportata per i lavori dove le procedure negoziate da tre diventano due con riduzione del numero degli operatori economici da invitare. Nel range di importo compreso tra i 150mila euro e un milione di euro, secondo quanto già detto sopra, il Rup dovrà strutturare una competizione invitando almeno 5 operatori economici e in caso di appalto al ribasso, dovrà utilizzare l'esclusione automatica. Per importi compresi tra un milione e l'intero sottosoglia gli operatori economici che dovranno essere invitati alla procedura aumentano ad almeno 10 (almeno). Anche in questo caso, se l'appalto è al minor prezzo, il Rup dovrà applicare l'esclusione automatica prevista nel comma 3 dell'articolo 1 della legge 120/2020. Fattispecie, come confermato dalla giurisprudenza, eterointegrativa se si applicano le norme emergenziali a condizione della partecipazione alla competizione di almeno 5 operatori economici.

### Il superamento delle procedure negoziate codicistiche

La ricalibratura delle procedure negoziate ha, giocoforza, reso anacronistiche e, sostanzialmente, inapplicabili le previsioni codicistiche nonostante risultino solamente derogate. Come noto, l'articolo 36 comma 2 (ma lo stesso ragionamento può essere fatto in relazione all'articolo 157, comma 2) ha previsto alle lettere c) e c-bis) delle procedure incompatibili con le previsioni emergenziali sia per importi sia per numero degli operatori da invitare. Più nel dettaglio, la previsione codicistica della lettera c) prevede l'invito di almeno 10 operatori economici nel range di importo compreso tra i 150mila euro ed inferiori ai 350mila; la seconda, lettera c-bis) impone la necessità di invitare almeno 15 operatori per importi compresi tra i 350mila e importi inferiori a un milione di euro. È evidente, pertanto, che le fattispecie in parola, sotto il profilo istruttorio, non potranno più essere utilizzate venendo meno anche ogni necessità di richiamo - nelle determinazioni a contrarre - dell'articolo 36 (o 157) considerato che le procedure negoziate emergenziali contengono già, nelle norme della legge 120/2020, tutti i riferimenti istruttori che devono essere presidiati/rispettati dal responsabile del procedimento.

Tra questi la necessità dell'utilizzo dell'avviso pubblico a manifestare interesse (o a presentare direttamente la migliore offerta) o l'albo dei prestatori predisposto dalla stazione appaltante nel rispetto del criterio della rotazione e della adeguata dislocazione territoriale degli inviti. Nella scelta dall'albo il Rup deve curare anche la pubblicazione del cosiddetto avviso di trasparenza che "pubblicizza" l'avvio della procedura. Rimane ferma, invece, trattandosi di opzione a disposizione del Rup la possibilità - a prescindere dall'importo e quindi per l'intero sottosoglia tanto per servizi, forniture e lavori -, di utilizzare la procedura aperta formale (con bando) utilizzando i termini ridotti rinvenibili nell'articolo 36 comma 9, del Codice dei contratti. La fattispecie che in questo caso può essere richiamata è, per i lavori, contenuta nella lettera d) del comma 2 dell'articolo 36. Rimane dubbio, in questo caso, se il Rup possa avvalersi anche nella fattispecie in parola della prerogativa dell'esclusione automatica a 5 partecipanti. Come annotato, la giurisprudenza e il Mims ritengono la prerogativa intimamente connessa con i provvedimenti emergenziali e quindi, in sostanza, utilizzabile se si opera con la legge 120/2020.

Negli altri casi, appunto nell'ipotesi predetta di utilizzo della procedura aperta anche nel sottosoglia, si dovrebbero ritenere applicabili solamente le norme ordinarie previste dal comma 8 dell'articolo 97 del Codice. Norma che consente alla stazione appaltante, per gli appalti del sottosoglia «che non presentano carattere transfrontaliero» di prevedere «nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi del comma 2 e dei commi 2-bis e 2-ter. In questo caso non si applicano i commi 4, 5 e 6. Comunque l'esclusione automatica non opera quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci». Nel dubbio, in questo caso, è bene che anche la decisione di applicare l'esclusione automatica emergenziale di cui al comma 3 dell'articolo 1 della legge 120/2020 che esige il solo elemento istruttorio dell'aggiudicazione al ribasso e la partecipazione minima di 5 appaltatori, sia chiaramente esplicitata negli atti di gara. Per intendersi, è necessario che il Rup specifichi quale procedura intenda applicare per preavvisare gli operatori economici.

A questo punto è bene, per evitare ogni potenziale censura, che certifichi anche il carattere non transfrontaliero dell'appalto (ovvero che l'appalto non ha appetibilità oltre confine). Nell'applicazione concertata di più norme giuridiche che fanno riferimento al codice e alla legge emergenziale, è chiaro che il Rup dovrà prestare maggiore attenzione istruttoria. Rimane ferma, quanto ad applicabilità, la fattispecie dell'affidamento diretto "mediato" dal confronto tra più preventivi di cui alla lettera b), comma 2, dell'articolo 36 del Codice.