

Appalti

Nuovo codice: da 3 a 10 mesi per assegnare gli appalti (tabella), norme in contrasto sull'esecuzione d'urgenza

di Roberto Mangani

13 Aprile 2023

Il focus sulle fasi della procedura di affidamento: dalla decisione iniziale fino alla stipula del contratto

Gli articoli 17 e 18 del Dlgs 36/2023 ridefiniscono e disciplinano le fasi delle procedure di affidamento, dalla decisione iniziale fino alla stipula del contratto. L'impianto complessivo non si discosta nella sua impostazione generale da quello contenuto nel D.lgs. 50/2016, ma viene compiuta una meritoria opera di semplificazione e sistematizzazione, con alcuni puntuali interventi modificativi che rendono sicuramente più fluida l'intera disciplina.

La decisione di contrarre

Il primo atto è costituito dalla decisione di contrarre, che ogni stazione appaltante assume con apposito atto secondo i rispettivi ordinamenti (articolo 17, comma 1). La decisione di contrarre precede l'avvio della procedura, quindi deve essere adottata prima della pubblicazione del bando di gara o, in caso di procedura negoziata senza pubblicità, dell'eventuale indagine di mercato e in ogni caso prima dell'invio delle lettere di invito. In caso di affidamento diretto, la decisione di contrarre deve precedere la richiesta di preventivi – se prevista – o comunque il conferimento dell'incarico. La decisione di contrarre deve indicare gli elementi essenziali del contratto, i requisiti richiesti ai concorrenti, i criteri di selezione delle offerte.

In caso di affidamento diretto sono previsti alcuni contenuti aggiuntivi: oltre all'oggetto dell'incarico con il relativo importo, deve essere indicato il nominativo del contraente individuato e i motivi della sua scelta, oltre che i requisiti generali e – se necessari – anche quelli relativi alla capacità economico – finanziaria e tecnico – professionale di cui lo stesso è in possesso (comma 2). Va evidenziato il rilievo che assume l'indicazione delle ragioni che giustificano la scelta del contraente. Questa indicazione, pur non facendo venir meno il carattere fiduciario dell'affidamento, impone comunque che lo stesso sia accompagnato dall'illustrazione delle ragioni che giustificano la scelta di quel determinato operatore economico. Con la conseguente necessità che tali ragioni siano adeguatamente motivate, anche per resistere a eventuali contestazioni che possano essere mosse da altri operatori del settore.

Termini delle procedure e validità delle offerte

La definizione di un termine ultimo entro cui concludere le procedure di affidamento (comma 3) è una novità rispetto al Dlgs 50, anche se riprende una previsione introdotta dal Decreto legge

76/2020. I termini sono quelli indicati nell'Allegato I.3, che li articola diversamente secondo la procedura e il criterio di aggiudicazione utilizzato.

Nel caso di utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa:

- a) procedura aperta: nove mesi;
- b) procedura ristretta: dieci mesi;
- c) procedura competitiva con negoziazione: sette mesi;
- d) procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara: quattro mesi;
- e) dialogo competitivo: sette mesi;
- f) partenariato per l'innovazione: nove mesi.

Nel caso di utilizzo del minor prezzo:

- a) procedura aperta: cinque mesi;
- b) procedura ristretta: sei mesi;
- c) procedura competitiva con negoziazione: quattro mesi;
- d) procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara: tre mesi.

Questi termini sono prorogati di un mese in caso di effettuazione della verifica di anomalia e possono essere prorogati (per un massimo di sei mesi) in presenza di circostanze motivate e certificate dal Rup. È peraltro previsto che l'Allegato I.3 venga sostituito con un regolamento adottato dal ministero delle Infrastrutture e Trasporti. [In questa tabella riassumiamo termini e procedure in base alle soglie di importo degli appalti.](#)

Il mancato rispetto dei termini – eventualmente prorogati – costituisce silenzio inadempimento e rileva ai fini della verifica del rispetto del dovere di buona fede, anche in pendenza di contenzioso. In sostanza lo sfioramento del termine massimo di durata della procedura non ha effetti sulla stessa. Mentre resta da chiarire in che termini operi il riferimento al dovere di buona fede, anche in relazione a un eventuale contenzioso. L'offerta presentata da ciascun concorrente – che deve essere unica – è vincolante fino al termine indicato nel bando o, in mancanza, per centottanta giorni dal termine ultimo di presentazione. È comunque ammesso il differimento del termine di validità delle offerte, che deve essere eventualmente manifestato dai concorrenti su richiesta della stazione appaltante.

L'aggiudicazione

Sotto questo profilo la disciplina del comma 5 presenta alcune significative novità. In primo luogo viene specificato che, nell'ambito della stazione appaltante, l'organo competente a formulare la proposta di aggiudicazione è quello preposto alla valutazione delle offerte. Quindi la commissione giudicatrice nel caso del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, mentre nel caso di prezzo più basso dovrebbe essere il seggio di gara (se nominato) o direttamente il Rup. La proposta di aggiudicazione è poi soggetta alla valutazione dell'organo competente a disporre l'aggiudicazione, che evidentemente è diverso per ogni stazione appaltante.

Tale organo deve valutare la proposta sotto tre profili:

- a) legittimità;
- b) conformità all'interesse pubblico;
- c) verifica del possesso dei requisiti in capo all'aggiudicatario.

La disposizione attribuisce quindi poteri di valutazione all'organo competente, che in astratto può rifiutare di disporre l'aggiudicazione non solo nel caso tipico di mancanza dei requisiti di qualificazione in capo all'aggiudicatario, ma anche qualora riscontri illegittimità nel procedimento che ha portato alla proposta di aggiudicazione o ritenga quest'ultima non conforme al pubblico interesse. Specie quest'ultima ipotesi comporta peraltro l'attribuzione di un significativo margine di discrezionalità, che può riguardare profili quali la congruità dell'offerta o la rinnovata valutazione delle esigenze che avevano portato all'indizione della gara, sempre che sorretti da adeguate motivazioni.

In caso di esito positivo delle valutazioni e verifiche effettuate, l'organo competente della stazione appaltante dispone l'aggiudicazione, che è immediatamente efficace. Viene così eliminata quella singolare previsione contenuta nel Dlgs 50 che contemplava un'aggiudicazione definitiva ma non ancora efficace, in quanto soggetta alla verifica dei requisiti in capo all'aggiudicatario.

Va infine evidenziata la disposizione del comma 10. Viene stabilito che l'eventuale pendenza di un contenzioso non giustifica la sospensione della procedura o dell'aggiudicazione, a meno che non vi sia:

- a) un'ordinanza cautelare del giudice amministrativo che la disponga;
- b) una specifica volontà in tal senso espressa dal dirigente competente dell'ente appaltante, nell'esercizio dei poteri di autotutela.

In sostanza, l'indicazione del legislatore è quella di proseguire nell'iter anche qualora sia proposto un contenzioso, salvo che vi sia in senso contrario un provvedimento del giudice o una diversa indicazione formalizzata in un provvedimento del dirigente competente, che peraltro deve essere anch'esso adeguatamente motivato e che è difficile immaginare in mancanza di un'ordinanza cautelare.

La stipula del contratto

L'articolo 18 sistematizza in un quadro maggiormente organico e lineare disposizioni in gran parte già contenute nel Dlgs 50. In primo luogo viene ribadito che il contratto deve essere stipulato entro sessanta giorni dal momento in cui l'aggiudicazione è stata disposta dall'organo competente, divenendo quindi efficace (comma 2). Va evidenziato che per i contratti sottosoglia il termine è di trenta giorni (articolo 55, comma 1).

Il termine di sessanta giorni è derogato nei seguenti casi:

- a) in caso di contenzioso, se è proposta dal ricorrente istanza cautelare, fino alla eventuale pronuncia del giudice su tale istanza o nel caso in cui lo stesso si dichiari incompetente o fissi a breve l'udienza di merito;

b) qualora il bando abbia previsto un diverso termine per la stipula;

c) nell'ipotesi di differimento del termine concordato con l'aggiudicatario in virtù di esigenze motivate dell'ente appaltante.

Nel caso in cui la stipula del contratto non avvenga nei tempi previsti per fatto della stazione appaltante, l'aggiudicatario può far constatare il silenzio inadempimento – finalizzato evidentemente a mettere in mora la stazione appaltante – ovvero può sciogliersi da ogni vincolo, senza che gli spetti alcun indennizzo (comma 5).

Nel caso invece in cui la mancata stipula dipenda dal fatto dell'aggiudicatario, la stazione appaltante può – ma non deve necessariamente - procedere alla revoca dell'aggiudicazione (comma 6). È infine previsto che qualora il contratto – già stipulato – sia soggetto ad approvazione, questa va effettuata entro trenta giorni dalla stipula e nel contratto va inserita una condizione risolutiva per l'ipotesi di mancata approvazione (comma 8).

Lo stand still

Oltre al termine massimo di sessanta giorni entro cui il contratto deve essere stipulato, vi è il termine minimo di trentacinque giorni prima del quale la stipula non è consentita. È il così detto periodo di stand still, disciplinato dal comma 3, la cui finalità è quella di impedire che il contratto possa essere stipulato prima che sia trascorso un certo lasso di tempo dall'aggiudicazione, in funzione di una migliore tutela per coloro che volessero contestare tale aggiudicazione – anche in sede giurisdizionale – evitando che si trovino davanti al fatto compiuto della stipula del contratto. Il comma 3 prevede le ipotesi – che nella sostanza riprendono quelle già previste dal Dlgs 50 - in cui lo stand still non si applica:

a) procedura in cui vi sia stata una sola offerta presentata e non vi siano state impugnative o siano state respinte;

b) appalti basati su un accordo quadro;

c) contratti sottosoglia.


Resta peraltro la perplessità sull'esclusione dei contratti sottosoglia, per i quali – vista la ratio dell'istituto sopra ricordata - si crea un'oggettiva disparità rispetto alle gare sopra soglia in merito agli strumenti di tutela per i concorrenti.

L'esecuzione in via di urgenza

Anche in questo caso vengono sostanzialmente riprese, con un maggior grado di sistematicità e ordine, le previsioni del D.lgs. 50. L'esecuzione in via di urgenza è disciplinata dai commi 8 e 9 dell'articolo 17, secondo un doppio regime. Il comma 9 individua alcune ipotesi in cui la stazione appaltante è obbligata a procedere all'esecuzione in via di urgenza: evitare situazioni di pericolo per persone e cose, per l'igiene e la salute pubblica, per il patrimonio artistico, storico e culturale e nel caso in cui il ritardo nell'esecuzione determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico, compresa la perdita di finanziamenti comunitari. Accanto a queste ipotesi legislativamente previste, il comma 8 consente l'esecuzione in via d'urgenza per motivate ragioni, secondo una valutazione discrezionale

che è lasciata all'ente appaltante. In sostanza, nei casi indicati al comma 9 vi è un obbligo di procedere all'esecuzione d'urgenza, ferma restando la facoltà da esercitare in altri casi in cui l'ente appaltante individui motivate ragioni.

Va tuttavia evidenziato che la disciplina esaminata non pare coordinarsi con un'altra disposizione contenuta nelle norme transitorie del Dlgs 36. L'articolo 224, comma 1 prevede infatti l'estensione a regime di una serie di disposizioni genericamente definibili acceleratorie che il decreto legge 76/2020 aveva introdotto in via temporanea (articolo 8). Viene infatti eliminata la data ultima del 30 giugno 2023 entro cui dovevano essere state avviate le procedure di gara per consentire l'applicazione di tali disposizioni. Di conseguenza, diventano applicabili a regime a tutte le procedure e relativi contratti una serie di disposizioni, tra cui quella che consente in via generalizzata la consegna ed esecuzione delle prestazioni in via di urgenza. In sostanza, mentre le norme di cui ai commi 8 e 9 dell'articolo 17 definiscono le ipotesi per l'esecuzione in via d'urgenza, la norma transitoria sembra consentire sempre tale modalità, senza necessità del ricorso di particolari ipotesi o di specifiche motivazioni. Se infatti è vero che l'articolo 8 del Decreto legge 76/2020 richiama l'articolo 32, comma 8 del Dlgs 50 – oggi confluito nel comma 9 del Dlgs 36 – tale richiamo sembra in realtà riferirsi all'istituto in sé considerato piuttosto che ai casi in cui è consentita l'esecuzione in via d'urgenza, per la quale il decreto legge 76 sembra prefigurare una sostanziale liberalizzazione.

Il Sole 24 ORE aderisce a  The Trust Project

P.I. 00777910159 | © Copyright Il Sole 24 Ore Tutti i diritti riservati

ISSN 2724-203X - Norme & Tributi plus Enti Locali & Edilizia [<https://ntplusentilocaliedilizia.ilssole24ore.com>]

 Il Sole 24 ORE