

Appalti

Nuovo codice, dal 1° luglio scattano i limiti alle gare nel sottosoglia

di Stefano Usai

05 Giugno 2023

Ma restano alcune perplessità sull'impossibilità di usare le procedure ordinarie sotto al milione (che saranno eventualmente chiarite dalla giurisprudenza)

La sentenza del [Tar Piemonte, sez. II. n. 405/2023](#) consente alcune considerazioni sull'utilizzo della procedura ordinaria nel sottosoglia. La sentenza, pur riferita al Dl 76/2020, in relazione all'obbligo o meno di utilizzare, nel sottosoglia, le procedure emergenziali del decreto, induce ad alcune riflessioni che riguardano anche il nuovo Codice (Dlgs 36/2023).

La vicenda

Il giudice respinge la pretesa del ricorrente secondo cui la stazione appaltante, pur avendo operato con la procedura aperta (ex art. 60 del Codice) doveva comunque ritenersi obbligata ad applicare l'esclusione automatica "emergenziale" (ex art. 1, comma 3 del Dl 76/2020). Il fondamento della pretesa è che nel periodo "emergenziale", in caso di adozione della determinazione a contrarre prima del 30 giugno 2023, nel caso di appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria – da aggiudicarsi con il criterio del minor prezzo -, le stazioni appaltanti hanno un autentico obbligo di procedere con le ipotesi stabilite dal legislatore dell'emergenza e quindi, nel caso di specie, utilizzando la procedura negoziata ex art. 1, comma 2, lett. b) del Dl 76/2020.

Dovrebbe ritenersi irrilevante, secondo questa tesi, il fatto che il Rup abbia deciso di utilizzare una procedura ordinaria al ribasso. Il giudice non ha condiviso detta impostazione.

La sentenza

In sentenza si rimarca che le procedure emergenziali non possono essere intese come obbligatorie (a pena di illegittimità), visto che il legislatore non ha sospeso né revocato le procedure stabilite nell'articolo 36 del Codice del 2016 ma si è limitato ad introdurre una deroga (al comma 2 dello stesso articolo e dell'articolo 157). Con il Dl 76/2020, pertanto, il legislatore non ha inteso vietare l'utilizzo, in luogo degli strumenti "semplificati" apprestati nel provvedimento in parola, della classica procedura ordinaria aperta (come, appunto, avvenuto nel caso di specie). Affermazioni condivisibili visto che effettivamente l'esistenza di un vincolo, in realtà, era stato palesato dalla stessa Anac con il commento del 4 agosto 2020 – al Dl 76/2020 -, con cui chiedeva al Governo che, in fase di conversione, innestasse la possibilità, pur con motivazione a carico del Rup, di ammettere la possibilità della procedura ordinaria.

Da notare che il suggerimento, non seguito in fase di redazione della legge di conversione del Dl 76/2020 era stato previsto, almeno inizialmente nello schema, per le procedure sottosoglia del nuovo Codice. Con la sentenza, però, il giudice ricorda che la decisione di utilizzare procedure differenti da quelle prefissate dal legislatore dell'emergenza «può essere fonte di responsabilità per gli organi dell'amministrazione in ordine alla tempestività dell'affidamento e dell'avvio dell'esecuzione».


Ciò conferma anche la posizione espressa, ripetutamente, dall'ufficio di supporto del ministero delle Infrastrutture che ha evidenziato che una scelta diversa, pur possibile, impone comunque una motivazione. Motivazione che deve essere configurata come a valenza interna non essendo richiesta ai fini della legittimità della procedura utilizzata. In questo senso, si pone questa stessa sentenza (anche nel richiamo alla pronuncia del Tar Sicilia, Palermo, sez. III, n. 1536/2021), in cui nell'ammettere che il Rup possa determinarsi diversamente – quanto a procedura di affidamento –, precisa che ciò è possibile «laddove lo richiedano la natura dell'affidamento o altre esigenze dell'amministrazione», che se esistono, evidentemente, andranno declinate nella determinazione a contrarre.

Il nuovo Codice e gli appalti del Pnrr

La questione dell'utilizzabilità (o meno) delle procedure ordinarie per gli appalti nel sottosoglia è destinata a porsi – a far data dal 1° luglio 2023 –, anche per il nuovo Codice dei contratti. Per gli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria, il nuovo impianto normativo segue una logica differente sia rispetto al Codice del 2016 sia rispetto al Dl 76/2020. In primo luogo, l'articolo 50 (che disciplina le procedure utilizzabili nel sottosoglia) non salva (a differenza del comma 2 dell'articolo 36) la possibilità di utilizzare le procedure ordinarie. A differenza del DL 76/2020 (art. 1, comma 2 che non richiama la facoltà di utilizzare le procedure ordinarie, ammessa comunque dalla giurisprudenza), la nuova norma esige che il Rup effettui la verifica se l'appalto, pur nel sottosoglia, abbia interesse transfrontaliero (art. 48, comma 2 del nuovo Codice). E' questo un primo caso, in presenza di questo interesse, in cui la norma impone al Rup di utilizzare la procedura ordinaria anche nel sottosoglia. Un secondo caso è previsto nella lettera d) comma 1 dell'articolo 50 per lavori di importo pari o superiori al milione di euro fino al sottosoglia. In detta ipotesi, il Rup può decidere – e non è più richiesta una motivazione rispetto a quanto previsto nello schema iniziale –, di non utilizzare la procedura negoziata per procedere con il classico bando.

Al di fuori di queste ipotesi, secondo anche il [recente commento dell'Anac al nuovo Codice](#), non sarebbe possibile utilizzare le procedure ordinarie nel sottosoglia comunitario. E' una affermazione, questa, che interpreta una esposizione normativa, come detto, non dissimile da quello espressa nel Dl 76/2020. Con la differenza sostanziale, però – e ciò fa effettivamente propendere per la lettura espressa dall'Anac –, che il decreto emergenza ha introdotto solo una deroga, mentre il nuovo Codice si sostituirà all'attuale impianto normativo per le procedure avviate (tranne per gli appalti del Pnrr/Pnc) a far data dal 1° luglio 2023.

Si tratta di aspetti, quindi, che troveranno un primo chiarimento a livello giurisprudenziale. In tema deve essere ricordato, a conferma dell'esistenza di alcune perplessità, che con il recente [Ddl in tema di appalti \(della Provincia di Bolzano\)](#) in relazione al sottosoglia (art. 10, comma 4) si prevede che «è sempre salva la possibilità di ricorrere motivatamente alle procedure ordinarie di scelta del contraente, fermo restando il rispetto dei termini massimi di conclusione delle procedure negoziate».

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.ilsole24ore.com>]

Il Sole
24 ORE