



CONFERENZA DELLE REGIONI
E DELLE PROVINCE AUTONOME

20/239/CR5a/C4

**INDICAZIONI OPERATIVE PER L'APPLICAZIONE DELLE
NORME IN MATERIA DI CONTRATTI PUBBLICI DEL D.L.
N.76/2020, CONVERTITO NELLA LEGGE N.126/2020 RECANTE
“MISURE URGENTI PER LA SEMPLIFICAZIONE E
L'INNOVAZIONE DIGITALE”**

INDICE

PREMESSA	3
1. GESTIONE DELLE PROCEDURE SOTTOSOGLIA DI CUI ALL'ART.1 DEL DL 76/2020	4
1.1 Introduzione: le nuove procedure sottosoglia	4
1.2 Gli affidamenti diretti	6
1.3 Garanzie	6
1.4 Procedure di affidamento mediante utilizzo di elenchi preesistenti e principio di rotazione.	7
1.5 Indicazioni operative sul nuovo criterio della dislocazione territoriale.	9
1.5.1 Inquadramento normativo	9
1.5.2 Indicazioni operative.	10
1.6 I criteri di aggiudicazione nei servizi di architettura e ingegneria e nelle ulteriori ipotesi di cui all'art. 95, comma 3 D.Lgs. n. 50/2016.	12
1.7. Rapporti tra procedure ordinarie e procedure derogatorie	13
2. LE MODIFICHE ALLE FASI DELLA PROCEDURE DI GARA E LE RESPONSABILITÀ DEL RUP	16
2.1 I termini di affidamento: indicazioni sul <i>dies a quo</i> e <i>dies ad quem</i> per concludere la procedura	16
2.1.1. Procedura art. 1, comma 2, lett. b)	17
2.1.2. Affidamenti di cui all'art.1, comma 2, lett a)	18
2.1.3. Affidamenti di cui all'art. 2	18
2.2 La stipula del contratto	19
2.3 L'esecuzione in via di urgenza	20
2.4 L'erogazione dell'importo dell'anticipazione sul prezzo ai sensi dell'art. 35, comma 18 del DL semplificazioni.	22
2.4 Indicazioni in ordine alla responsabilità dei RUP.	23
3 PROCEDURE IN DEROGA AI SENSI DELL'ART. 2, COMMA 4 DEL DL SEMPLIFICAZIONI.	27
3.1. A. Disposizioni non derogabili previste dall'art. 2, commi 3 e 4 del decreto-legge 76/2020	28
3.2. B. Disposizioni non derogabili in quanto previste espressamente dall'art. 2 del D.L. 76/2020	29
3.3 C. Ulteriori disposizioni non derogabili	30
3.4. D. Disposizioni di accelerazione in deroga utilizzabili	30
3.5. E. Ulteriori Indicazioni operative, esemplificative e non esaustive, al responsabile del procedimento	30
4 GLI ADEMPIMENTI IN MATERIA DI TRASPARENZA	32
4.1 Aspetti generali	32

4.2 Avvisi per le procedure negoziate – inquadramento giuridico	32
4.4 Indicazioni operative	33
4.5 Avvisi sui risultati della procedura negoziate - Inquadramento giuridico	34
4.7 Indicazioni operative	35
5 Regolarità fiscale e contributiva degli operatori economici ai fini della partecipazione alle procedure d'appalto	36
5.2 Profili operativi	37

PREMESSA

Il decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 «*Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale*», così come convertito con legge di conversione n. 120/2020, ha introdotto numerose novità in materia di contratti pubblici, finalizzate a semplificare le procedure di affidamento e di esecuzione degli appalti per incentivare gli investimenti nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici, per fronteggiare le ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento dell'emergenza sanitaria globale del COVID-19.

Si tratta di disposizioni molto impattanti, spesso di non chiara interpretazione e che intervengono, peraltro, in un quadro normativo stratificato e già complesso.

In tale contesto, si è ritenuto necessario provvedere alla redazione di indirizzi operativi volti a coadiuvare le Regioni e le Province autonome nell'applicazione di tali norme ed a renderne quanto più possibile uniforme l'applicazione nel territorio nazionale, in modo tale da evitare disomogeneità e dubbi interpretativi che potrebbero renderne difficile l'osservanza.

In quest'ottica, è stato realizzato il presente documento recante “*DL Semplificazioni: indicazioni operative per l'applicazione delle norme in materia di contratti pubblici*”, elaborato nell'ambito del GdL Contratti pubblici di ITACA, Istituto per l'innovazione e la trasparenza degli appalti e la compatibilità ambientale, organo tecnico delle Conferenza delle Regioni e delle Province autonome.

1. GESTIONE DELLE PROCEDURE SOTTOSOGLIA DI CUI ALL'ART.1 DEL DL 76/2020

1.1 Introduzione: le nuove procedure sottosoglia

Il nuovo regime per le procedure relative a contratti sotto-soglia, è contenuto all'art. 1 del decreto, **in deroga agli articoli 36, comma 2, e 157, comma 2**, del Codice dei contratti pubblici.

Gli articoli 36, comma 2, e 157, comma 2, del D.lgs n. 50/2016 non sono stati modificati in via definitiva, ma è stato introdotto un regime derogatorio, di natura temporanea rispetto alla disciplina del Codice.

Tale disciplina derogatoria infatti trova applicazione per le procedure la cui determina a contrarre sia stata adottata dopo l'entrata in vigore del D.L. semplificazione (ossia a decorrere dal 17 luglio 2020 e fino al 31 dicembre 2021).

In particolare, sono previste due tipologie di procedure per l'affidamento dei contratti di lavori, servizi e forniture, dei servizi di ingegneria e architettura, inclusa la progettazione (Art. 1, comma 2 L. 120/20):

1. **l'affidamento diretto** di lavori di importo inferiore a **150.000 euro** e di servizi, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, e forniture di importo inferiore a **75.000 euro**;
2. **procedura negoziata senza bando** di cui all'articolo 63 del Codice, previa consultazione di un numero graduato di operatori a seconda dell'importo da affidare. È stata prevista, quindi, la consultazione:
 - a. **di almeno 5 operatori per forniture e servizi**, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di **valore inferiore alle soglie europee** e per **lavori** di importo inferiore a 350.000,00 euro; si precisa che anche per i servizi di architettura e ingegneria occorre far riferimento alla soglia europea, quindi a 214.000,00 euro, e non più alle soglie previste dall'art. 157 del Codice, che è stato invece espressamente derogato;
 - b. **di almeno 10 operatori per lavori** da 350.000 euro fino al valore di 1 milione di euro;
 - c. **di almeno 15 operatori per lavori** di valore da 1 milione di euro sino alla soglia europea.

Gli affidamenti dovranno avvenire sempre nel rispetto del principio di rotazione degli inviti previo esperimento di indagini di mercato oppure ricorrendo ad elenchi di operatori economici, nonché tenendo conto anche di una diversa dislocazione territoriale delle imprese invitate.

Le procedure negoziate, fermi i principi concorrenziali, possono essere aggiudicate secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sia sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, sia del minor prezzo, in questo secondo caso previa valutazione dell'anomalia dell'offerta (art. 1 comma 3, L. 120/2020), salvo quanto si dirà in merito all'aggiudicazione dei servizi di cui all'art. 95, comma 3, del Codice. Resta ferma la necessaria applicazione delle clausole sociali di cui all'art. 50 del Codice, come previsto dall'art. 36 comma 1 ultimo periodo.

QUADRO PROCEDURE DI AFFIDAMENTO SOTTOSOGLIA

DL 76/20	Procedura	Contratti	Modalità	Termini
Art.1 co. 2 lett. a)	Affidamento diretto	<ul style="list-style-type: none"> ▪ lavori di valore inferiore a 150.000; ▪ servizi e forniture di importo inferiore a 75.000; ▪ servizi di ingegneria e architettura di importo inferiore a 75.000. 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Può essere adottata un'unica determina a contrarre, o atto equivalente, che contiene gli elementi descritti nell'art.32, co. 2 del Codice; ▪ Non dovrà essere richiesta la garanzia provvisoria di cui all'art.93. 	2 mesi
Art.1 co. 2 lett. b)	Procedura negoziata senza bando previa consultazione di almeno 5 operatori economici	<ul style="list-style-type: none"> ▪ lavori da 150.000 e inferiori a 350.000; ▪ servizi e forniture da 75.000 e inferiori a 214.000,00. 	<p>Gli operatori da invitare possono essere scelti a seguito di avviso per manifestazione di interesse o tramite il ricorso a elenchi. Non dovrà essere richiesta la garanzia provvisoria di cui all'art. 93. In caso di utilizzo del criterio del prezzo più basso, opera l'esclusione automatica anche qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque. Può essere utilizzato sia il criterio qualità prezzo che del prezzo più basso.</p>	4 mesi
Art.1 co. 2 lett. b)	Procedura negoziata senza bando previa consultazione di almeno 5 operatori economici	<ul style="list-style-type: none"> ▪ servizi di ingegneria e architettura di valore da 75.000 e inferiore a 214.000,00; 	<p>Gli operatori da invitare possono essere scelti a seguito di avviso per manifestazione di interesse o tramite il ricorso a elenchi; Non dovrà essere richiesta la garanzia provvisoria di cui all'art. 93. Si utilizza il criterio dell'OEPV basata sul rapporto qualità/prezzo, ex art. 95, comma 3.</p>	4 mesi
Art.1 co. 2 lett. b)	Procedura negoziata senza bando previa consultazione di almeno 10 operatori economici	<ul style="list-style-type: none"> ▪ lavori di valore da 350.000 e inferiori a 1 milione di euro. 	<p>Gli operatori da invitare possono essere scelti a seguito di avviso per manifestazione di interesse o tramite il ricorso a elenchi; Non dovrà essere richiesta la garanzia provvisoria di cui all'art. 93. In caso di utilizzo del criterio del prezzo più basso, opera l'esclusione automatica anche qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque. Può essere utilizzato sia il criterio qualità prezzo che del prezzo più basso.</p>	4 mesi
Art.1 co. 2 lett. b)	Procedura negoziata senza bando previa consultazione di almeno 15 operatori economici	<ul style="list-style-type: none"> ▪ lavori da 1 milione di euro e inferiore a 5.350.000. 	<p>Gli operatori da invitare possono essere scelti a seguito di avviso per manifestazione di interesse o tramite il ricorso a elenchi. Non dovrà essere richiesta la garanzia di cui all'art. 93. In caso di utilizzo del criterio del prezzo più basso, opera l'esclusione automatica anche qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque. Può essere utilizzato sia criterio qualità prezzo che quello del prezzo più basso.</p>	4 mesi

1.2 Gli affidamenti diretti

L'affidamento diretto, già previsto all'art. 36 lett. a), a seguito dell'entrata in vigore del Decreto Semplificazioni, ora è consentito per lavori di importo inferiore a 150.000 euro, nonché per i servizi (ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione) e forniture di importo inferiore a 75.000 euro.

L'eventuale confronto dei preventivi di spesa forniti da due o più operatori economici rappresenta comunque una *best practice*. Giova inoltre precisare che, negli affidamenti diretti, non essendovi confronto competitivo, anche l'eventuale raffronto tra preventivi non presuppone l'utilizzo di un criterio di aggiudicazione. Per l'affidamento diretto di lavori si segnala, tuttavia l'opportunità di richiedere preventivi con contenuti di maggior dettaglio, avendo riguardo della tipologia dei lavori da affidare.

Ciò posto, resta ferma l'esigenza di garantire il confronto laddove richiesto dalle specifiche regole di gestione dei fondi europei.

Si ricorda, inoltre, che il comma 3 dell'art. 1 del D.L. 76/2020, precisa che gli affidamenti diretti possono essere realizzati tramite **un'unica determina a contrarre**, o atto equivalente, che contenga gli elementi descritti nell'art. 32, comma 2, del Codice. Quest'ultimo dispone che prima dell'avvio delle procedure di affidamento, le stazioni appaltanti, decretano o determinano di contrarre, individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte in tali casi, **la stazione appaltante può procedere ad affidamento diretto tramite determina a contrarre, o atto equivalente, che contenga, in modo semplificato, l'oggetto dell'affidamento, l'importo, il fornitore, le ragioni della scelta del fornitore, il possesso da parte sua dei requisiti di carattere generale, nonché il possesso dei requisiti tecnico-professionali, ove richiesti.** Si ritiene, pertanto, che **gli affidamenti diretti di cui all'art. 1, comma 2, lett. a) possono essere disposti con la determina unica semplificata.**

Per quanto riguarda, invece, **la richiesta di offerta nelle procedure negoziate senza bando (art. 1 comma 2, lett. b)** essa dovrà avvenire scegliendo le imprese tramite appositi elenchi oppure a seguito di pubblicazione di avviso di manifestazione di interesse ai sensi dell'art. 36, comma 7, come indicato nello stesso art.1, comma 2. Lett. b).

Per l'esperimento di indagini di mercato, fino alla pubblicazione del Regolamento attuativo del d.lgs. 50/2016 di cui all'art. 216, comma 27-octies, troveranno applicazione le linee guida n. 4 ANAC, cui si rimanda in quanto compatibili.

1.3 Garanzie

Un'ulteriore forma di semplificazione introdotta per le procedure sottosoglia è quella prevista dal comma 4 dell'art. 1, del D.L. 76/2020, consistente nella disapplicazione della garanzia provvisoria di cui all'art. 93 del D.Lgs. 50/2016. Il divieto di richiedere la garanzia provvisoria diviene pertanto la regola, mentre assume carattere eccezionale la possibilità di motivarne la richiesta, in ogni caso per un ammontare **dimezzato** rispetto a quanto previsto dal citato art. 93, avuto riguardo alla tipologia e specificità della singola procedura.

In proposito, in assenza di una espressa previsione sul punto, ci si chiede se l'ambito di siffatta esenzione sia limitato alla presentazione **della sola garanzia provvisoria o comprenda anche la dichiarazione d'impegno a costituire la garanzia definitiva.**

La *ratio* di semplificazione e accelerazione delle procedure sottesa alla norma di deroga, nello specifico finalizzata ad alleggerire gli oneri economici e amministrativi a carico degli operatori economici, assieme ad una sua lettura sistematica in combinato con la disposizione di cui all'art. 8 che

prevede il dimezzamento dei termini di presentazione delle offerte, dovrebbe avvalorare un'interpretazione estensiva, **favorevole ad applicare l'esenzione altresì alla presentazione della dichiarazione d'impegno a costituire la garanzia definitiva.**

A ciò si aggiunga che l'art. 1, comma 4 prescrive, genericamente, che non dovranno essere richieste "le garanzie provvisorie di cui all'art 93", senza indicare una distinzione tra i vari commi. Se ne ricava che dovrà essere derogato l'intero articolo, salva la possibilità di motivare una scelta diversa.

Box Riepilogativo

Par. 1.1. 1.2 1.3

- In deroga all'art. 36, comma 2 con l'art. 1 del D.L. 76 come modificato dalla Legge n. 120/2020, sono state innalzate le soglie di riferimento per ricorrere all'affidamento diretto o alla procedura negoziata, sia nei lavori che nei servizi, ivi compresi i servizi di architettura e ingegneria (per i quali non trova più applicazione l'art. 157, comma 2 del Codice);
- L'affidamento avverrà nel rispetto dei principi e dunque anche nel rispetto del principio di rotazione, nonché tenendo conto di un criterio di dislocazione territoriale.
- La procedura negoziata potrà avvenire tramite indagini di mercato o mediante il ricorso ad inviti, ai sensi dell'art. 1, comma 2 lett. b), nonché dell'art. 36 comma 7 del Codice (che non è derogato) e nel rispetto delle linee guida n. 4 ANAC, in quanto compatibili;
- Le procedure di cui all'art. 1, comma 2 del dl semplificazioni, si applicano agli affidamenti la cui determina a contrarre sia stata pubblicata tra l'entrata in vigore del decreto (17 luglio 2020) ed il 31 dicembre 2021;
- Non trova applicazione l'intero art. 93 del Codice, fermo restando che la SA può motivare una scelta diversa; in tal caso, la garanzia dovrà essere dimezzata.

1.4 Procedure di affidamento mediante utilizzo di elenchi di operatori economici preesistenti e principio di rotazione.

L'art. 1, comma 2 del D.L. n. 76/2020, come convertito con la legge n. 120/2020, prescrivendo le modalità di affidamento di contratti pubblici sottosoglia nell'affidamento diretto e nella procedura negoziata senza bando, prevede che per l'individuazione degli operatori economici con i quali stipulare il contratto, tanto nell'un caso che nell'altro, si possa ricorrere agli elenchi di operatori economici, sia per lavori che per servizi e forniture.

Il nuovo decreto prevede la possibilità di attingere dagli elenchi per individuare gli operatori economici a cui affidare la commessa pubblica.

La nuova normativa pone la questione di **verificare la possibilità di utilizzare elenchi preesistenti all'entrata in vigore del D.L. n. 76/2020 per espletare le procedure con le nuove modalità di affidamento e dei relativi principi da rispettare nella scelta degli operatori economici.**

L'utilizzo di elenchi creati *ex novo* non pone alcuna questione.

Con riferimento, invece, agli **elenchi di operatori economici preesistenti** all'entrata in vigore del D.L. semplificazioni, è da ritenersi consentito il loro utilizzo per espletare le procedure di cui all'art. 1 comma 2 del DL medesimo in quanto, la preclusione di tale possibilità farebbe venir meno l'intento semplificatorio ed acceleratorio della normativa in esame.

Tuttavia, **laddove le SS.AA. fossero in possesso di elenchi di operatori economici già operativi, è necessario provvedere ad un adeguamento ed aggiornamento degli stessi, al fine di promuovere la massima partecipazione degli operatori economici e consentire ai nuovi iscritti e a quelli già presenti di poter velocemente adeguare il possesso dei requisiti richiesti dalla nuova normativa.**

Si ritiene inoltre che, il carattere di emergenza e la necessità di procedere speditamente alla realizzazione degli interventi contenuti nelle nuove disposizioni, possa giustificare l'integrazione dell'Elenco preesistente con un provvedimento, di Giunta nel caso di enti territoriali, o di altro organo

a seconda dell'ordinamento del soggetto competente alla formazione dell'Elenco, nel quale si manifesta la volontà di modificare la struttura per ampliare fasce e importi e, successivamente, intervenire con le necessarie modifiche qualora alla base ci sia un sistema informatico per la presentazione delle domande e la loro gestione e fruizione.

Resta fermo che, in caso di modifiche apportate ad un elenco preesistente, occorrerà osservare, *in primis*, i contenuti di cui alle Linee Guida ANAC n. 4, di attuazione del Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recanti “Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici”, paragrafi da 5.1.6.a a 5.1.11, quali, ad esempio, la pubblicazione di avviso pubblico, sul profilo del committente, per consentire agli operatori economici già iscritti o a quanti volessero iscriversi per la prima volta, di inserirsi per poter essere invitati a procedure per l'affidamento di importi superiori a quelli previsti dall'art. 36 e 157 del D.Lgs. n. 50/2016.

Le stazioni appaltanti devono assicurare anche **il rispetto del principio di rotazione**; l'art. 1 del D.L. Semplificazioni infatti, su questo punto, non deroga all'art. 36, comma 1, facendo dunque salvo tale principio. Si rileva innanzitutto che, per le procedure negoziate le nuove disposizioni, a differenza del testo dell'art. 36 del Codice, parlano di rispetto del principio di rotazione solo con riferimento agli inviti e non anche agli affidamenti; **si ritiene comunque che, sebbene non citati, la rotazione debba necessariamente riguardare anche tali affidamenti**. Quanto alle modalità di applicazione del principio di rotazione si richiamano le linee guida n. 4 di ANAC, oltre agli indirizzi giurisprudenziali che si sono consolidati sul punto ed ai criteri che hanno fissato le singole stazioni appaltanti nei propri regolamenti per gli appalti sottosoglia.

E' importante tuttavia evidenziare che, dopo l'entrata in vigore del Decreto Semplificazioni e il conseguente ampliamento della possibilità di utilizzare gli elenchi di operatori economici per importi superiori a quelli previsti dall'art. 36 del Codice (da un milione di euro fino alla soglia comunitaria, per i lavori; da centomila euro fino alla soglia comunitaria, per servizi attinenti all'ingegneria e all'architettura), il rispetto del criterio di rotazione assume un rilievo sicuramente maggiore rispetto alla situazione “quo ante”, imponendo con più forza di evitare “rotazioni discriminatorie”: ad esempio l'applicazione del criterio di rotazione in senso strettamente ed esclusivamente numerico (ad esempio non più di tot. inviti nell'anno) dal momento che potrebbe penalizzare taluni operatori economici invitati a procedure di importo modesto e favorire altri invitandoli a procedure di importo più elevato.

Si consiglia, quindi, alle SS.AA. **di aggiornare gli eventuali atti regolatori in materia di rotazione previgenti all'entrata in vigore del decreto semplificazioni, adeguandoli alle nuove fasce di importo**.

Con riguardo all'applicazione del nuovo principio di territorialità previsto dal DL semplificazioni si osserva che il dato testuale fa riferimento agli affidamenti d'importo superiore ai 150.000 per i lavori e 75.000 euro per servizi e forniture, sicché si potrebbe dubitare della vigenza di tale principio per gli affidamenti diretti.

Box Riepilogativo

Par. 1.4.

FINALITÀ

È da ritenersi consentito l'utilizzo di elenchi di operatori economici formati prima dell'entrata in vigore delle norme del D.L. n. 76/2020 per espletare le procedure di cui all'art. 1 comma 2 del DL medesimo. Si ritiene necessario procedere all'adeguamento e all'aggiornamento degli elenchi vigenti, al fine di promuovere la massima partecipazione degli operatori economici e consentire ai nuovi iscritti e a quelli già presenti di adeguare il possesso dei requisiti richiesti dalla nuova normativa.

MODALITÀ OPERATIVE

L'aggiornamento di elenchi preesistenti comporta la necessità di adottare un provvedimento, di Giunta nel caso di enti territoriali, o di altro organo a seconda dell'ordinamento del soggetto competente alla formazione

dell'Elenco, nel quale si manifesta la volontà di modificare la struttura dell'elenco esistente.
Laddove si intenda aggiornare l'elenco preesistente occorre osservare i contenuti di cui alle Linee Guida ANAC n. 4, di attuazione del Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recanti "Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici", paragrafi da 5.1.6.a a 5.1.11. recanti modalità per l'istituzione di elenchi di operatori economici.

PRINCIPIO DI ROTAZIONE

Occorre aggiornare gli eventuali atti regolatori in materia di rotazione previgenti all'entrata in vigore del decreto semplificazioni, adeguandoli alle nuove fasce di importo, anche al fine di evitare "rotazioni discriminatorie".

1.5 Indicazioni operative sul nuovo criterio della dislocazione territoriale.

1.5.1 Inquadramento normativo

L' art. 1, comma 2, lettera b), del decreto semplificazioni definisce le modalità di selezione dei soggetti da invitare alle procedure negoziate sulla base dei criteri già individuati dalle Linee guida Anac n. 4, introducendo un elemento nuovo, consistente nella "*diversa dislocazione territoriale*" delle imprese invitate.

Così come formulato, tale nuovo "criterio" appare ambiguo e di non agevole lettura. Pertanto, risulta utile individuare il significato che esso assume nel contesto normativo in cui è inserito, e, su questa base, fornire indicazioni operative in ordine alla sua pratica applicazione. Nel silenzio del legislatore, resta comunque ferma la discrezionalità delle amministrazioni di declinare tale criterio. A tal fine, infatti, neanche i dossier del Senato sono di aiuto nel trovare una soluzione interpretativa legislativamente orientata.

La formulazione letterale della disposizione sembra introdurre un ulteriore elemento di cui tenere conto ai fini dell'applicazione del criterio della rotazione degli inviti. Tuttavia, tale opzione ermeneutica è da scartare in quanto le modalità della rotazione, già di per sé macchinose, sono quelle definite da ANAC nelle Linee guida n. 4 (sino a quando non saranno sostituite dalla specifica disciplina dell'emanando regolamento "unico"). La correlazione con il criterio della rotazione, infatti, salvi i casi di procedure negoziate aperte al mercato, comporterebbe un aggravamento dell'attività amministrativa dovendo considerare la diversificazione territoriale anche con riferimento agli affidamenti precedenti, in contrasto con l'esigenza di velocizzare le procedure di aggiudicazione.

La disposizione in oggetto avrebbe piuttosto introdotto il concetto della "diversa dislocazione territoriale" quale criterio per la selezione delle imprese da invitare attenuando in parte l'ampia discrezionalità di cui gode la stazione appaltante nella scelta degli operatori economici. Resta fermo che tale criterio potrà trovare applicazione **solo laddove la stazione appaltante scelga di operare una riduzione del numero dei concorrenti da invitare** rispetto alle manifestazioni di interesse pervenute, oppure laddove scelga gli operatori da invitare da appositi elenchi precostituiti.

Non è chiaro se la finalità della disposizione sia da intendersi in senso estensivo od in senso restrittivo; tuttavia, tenuto conto della natura emergenziale e derogatoria del Decreto semplificazioni, si può ragionevolmente ritenere che la disposizione consenta di favorire le imprese localizzate sul territorio nel quale eseguire l'appalto, evitando al contempo la concentrazione territoriale degli inviti ed affidamenti che potrebbero determinare una chiusura del mercato in contrasto con i principi comunitari di parità di trattamento e di non discriminazione richiamati dallo stesso disposto di cui all'art. 1 del D.L. 76/2020.

In tal senso, il nuovo concetto posto dal legislatore dovrebbe essere interpretato avuto riguardo alla sua collocazione sistematica all'interno di una disciplina derogatoria in coerenza con il presupposto delle misure previste, che, in via transitoria, giustifica il significativo ampliamento dei margini di

semplificazione delle procedure di affidamento dei contratti sotto soglia, al fine di velocizzare gli investimenti e contrastare le ricadute negative sull'economia e sui livelli occupazionali determinate dall'emergenza sanitaria da Covid-19 tuttora in atto. Tale presupposto rileva, pertanto, sotto un duplice profilo: quello del rilancio dell'economia e quello dell'impatto della pandemia sulle stesse modalità di svolgimento delle procedure di affidamento e della successiva esecuzione dei contratti, visto che, soprattutto nelle fasi più acute dell'emergenza, le principali misure di contenimento hanno imposto una forte limitazione agli spostamenti nel territorio.

Ne segue che, come sopra rilevato, la stessa emergenza sanitaria in atto e le esigenze di accelerazione delle procedure di affidamento in questa peculiare e straordinaria fase congiunturale, possono giustificare la valorizzazione della presenza di imprese del territorio ed in particolare un rafforzamento delle misure volute dal legislatore euro unitario e nazionale atte a facilitare e garantire una adeguata partecipazione di quelle appartenenti alla categoria delle micro, piccole e medie imprese.

1.5.2 Indicazioni operative.

Il criterio, così inteso, risponderebbe alle esigenze emergenziali dettate dall'art. 1 del D.L. semplificazioni, facilitandone gli obiettivi, in ragione degli effetti positivi che la selezione degli OE in ambito territoriale produrrebbe sul tessuto imprenditoriale locale con ricadute economiche positive e conseguente rilancio dell'economia del territorio, sulle misure di contenimento dell'emergenza sanitaria riducendo gli spostamenti, sulle difficoltà logistiche ed organizzative (che incontrerebbero soprattutto le PMI nell'organizzazione d'impresa a distanza) sui costi di organizzazione dell'Impresa, sulla valorizzazione della "filiera corta" in osservanza ai principi di cui all'art. 18 della Direttiva 24/2014, relativamente all'integrazione degli aspetti ambientali negli appalti.

In merito all'individuazione dell'ambito territoriale rilevante ai fini del rispetto della dislocazione territoriale delle imprese da invitare, in assenza di indicazioni normative, l'interpretazione letterale orienterebbe la Stazione appaltante ad affidarsi all'elencazione di cui all'art. 114 della Costituzione che suddivide l'Italia nei diversi livelli di dislocazione territoriale: Comuni, Province, Città metropolitane, Regioni e Stato.

La dislocazione per livelli territoriali, come definita dall'art. 114 Cost., potrà essere declinata (con alcuni temperamenti determinati dal luogo geografico di esecuzione del contratto) alla luce degli obiettivi del decreto semplificazione che all'art. 1 così recita "*Al fine di incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici, nonché al fine di far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale del COVID-19*" delle disposizioni a tutela delle P.M.I., delle misure di contenimento dell'emergenza sanitaria globale COVID -19 i cui Protocolli condivisi di regolazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro, è bene ricordarlo, sospendevano od annullavano le trasferte dei lavoratori.

Nell'attuale contesto normativo la stazione appaltante potrà, quindi, delimitare l'ambito territoriale, in base alla sede legale e/o operativa dell'impresa, da valutarsi in maniera proporzionale al valore dell'appalto tenuto conto del luogo di esecuzione del contratto d'appalto.

In particolar modo, per i contratti aventi un valore non rilevante rispetto alla soglia di interesse comunitario, per i quali, tenuto conto della natura dell'appalto (es. lavori, servizi di manutenzione, e altri servizi in cui assumono rilevanza i costi organizzativi legati allo spostamento e alla distanza territoriale), la distanza dal luogo di esecuzione inciderebbe sulle spese generali in modo significativo, la distanza della sede legale o operativa dell'impresa assume una rilevanza essenziale.

In tali casi, risulta evidente che costi di trasferta, pasti, pernottamento e organizzazione *ex novo* della rete dei fornitori e subappaltatori in un territorio non usuale per l'appaltatore, configurano un'ideoneità operativa non competitiva rispetto a ditte radicate sul territorio, con la necessità di erodere il margine di utile potenziale al fine di poter formulare un ribasso competitivo con gli altri operatori economici, arrivando fino alla riduzione della qualità delle lavorazioni al fine di non eseguire le prestazioni in perdita e **comunque ridurre gli spostamenti di personale in un contesto emergenziale complicato**.

Pertanto, nello specifico, minore sarà il valore economico dell'appalto, più ristretto potrà essere l'ambito territoriale in cui la stazione appaltante potrà scegliere gli operatori economici da invitare alla procedura al fine di garantire la qualità delle prestazioni, salvaguardando il contenimento delle spese generali in un range tra il 13% e il 17% del valore delle prestazioni e garantendo il legittimo utile all'appaltatore.

Per quanto riguarda invece il luogo di esecuzione del contratto, l'ambito territoriale da selezionare potrà essere valutato anche in relazione all'area geografica di riferimento (es. area confinante con una o più Regioni).

Altro elemento che può essere preso in considerazione è la valutazione della presenza di una *“rilevanza transfrontaliera all'affidamento”* dell'appalto, aspetto che assume rilevanza solo qualora il luogo d'esecuzione sia situato in un'area geografica vicina a paesi esteri e l'importo dell'appalto sia comunque pari o superiore a un milione di Euro, atteso che detto importo non raggiunge il 20% della soglia comunitaria.

Box Riepilogativo	Par. 1.5
FINALITÀ	
Il criterio della “diversa dislocazione territoriale” introdotto in riferimento alla selezione delle imprese da invitare alle procedure negoziate in deroga allo scopo di facilitare gli investimenti nel contesto emergenziale, dovrebbe attenuare in parte l'ampia discrezionalità di cui gode la stazione appaltante nella scelta degli operatori economici. In tal senso, la disposizione consentirebbe di favorire le imprese localizzate sul territorio nel quale eseguire l'appalto, evitando al contempo la concentrazione territoriale degli inviti ed affidamenti che potrebbero determinare una chiusura del mercato in contrasto con i principi comunitari di parità di trattamento e di non discriminazione richiamati dallo stesso disposto di cui all'art. 1 del D.L. 76/2020.	
AMBITO DI APPLICAZIONE	
Il criterio così declinato può trovare applicazione per lavori, servizi di manutenzione, e altri servizi in cui assumono rilevanza i costi organizzativi legati allo spostamento, rispetto ai quali la distanza dal luogo di esecuzione inciderebbe sulle spese generali in modo significativo, per cui la distanza della sede legale o operativa dell'impresa assume una rilevanza essenziale. Il criterio potrà trovare applicazione solo laddove la stazione appaltante scelga di operare una riduzione del numero dei concorrenti da invitare rispetto alle manifestazioni di interesse pervenute oppure laddove scelga gli operatori da invitare da appositi elenchi precostituiti.	
AMBITO TERRITORIALE RILEVANTE	
In assenza di indicazioni normative, l'interpretazione letterale orienterebbe la Stazione appaltante ad affidarsi all'elencazione di cui all'art. 114 della Costituzione che suddivide l'Italia nei diversi livelli di dislocazione territoriale: Comuni, Province, Città metropolitane, Regioni e Stato.	
PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ E RILEVANZA TRANSFRONTALIERA	
Nell'attuale contesto normativo la stazione appaltante potrà, quindi, delimitare l'ambito territoriale, in base alla sede legale e/o operativa dell'impresa, da valutarsi in maniera proporzionale al valore dell'appalto tenuto conto del luogo di esecuzione del contratto.	
MOTIVAZIONE	
La stazione appaltante potrà pertanto motivare la scelta di riservare una quota di inviti a favore delle imprese aventi sede legale e/o operativa nel territorio con particolare riferimento:	
<ul style="list-style-type: none"> – alle caratteristiche del lavoro/servizio da affidare; – all'importo dell'appalto; – al luogo di esecuzione; – all'incidenza dei costi organizzativi legati alla distanza dal luogo di esecuzione; – all'assenza della rilevanza transfrontaliera del contratto da affidare. 	

1.6 I criteri di aggiudicazione nei servizi di architettura e ingegneria e nelle ulteriori ipotesi di cui all'art. 95, comma 3 D.Lgs. n. 50/2016.

Il Decreto-legge Semplificazioni, come convertito dalla Legge n. 120/2020, ha previsto l'innalzamento della soglia dell'affidamento diretto per servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, da 40.000,00 euro (quale prevista dall'art. 36, comma 2, lett. a) del D.Lgs. n. 50/2016) a 75.000,00 euro.

Relativamente ai criteri di aggiudicazione, l'art. 1, comma 3, del D.L. n. 76/2020, in riferimento alle sole procedure negoziate disciplinate dal comma 2, lett. b) dello stesso art. 1 (ossia di importo pari o superiore a 75.000,00 euro) rimette alla Stazione appaltante la facoltà di scelta tra il prezzo più basso e l'offerta economicamente più vantaggiosa.

La Legge di conversione del D.L. n. 76/2020, fa salvo, sempre solo in riferimento alle procedure negoziate disciplinate dal comma 2, lett. b) del citato art. 1, il disposto dell'art. 95, comma 3, del D.Lgs. n. 50/2016, che prevede, alla lett. b), l'obbligo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, per i contratti relativi all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e per gli altri servizi di natura tecnica e intellettuale – di importo pari o superiore a 40.000,00 euro.

Dalla lettura combinata del comma 1 e del comma 3 del D.L. Semplificazioni in esame risulta evidente che, lo stesso non ha provveduto ad adeguare, nell'ambito del predetto art. 95, comma 3, D.Lgs. n. 50/2016, la soglia dell'affidamento diretto dei servizi di ingegneria e architettura e degli altri servizi di natura tecnica ed intellettuale, quale prevista dall'art. 1, comma 2, lett. a) del citato D.L. e precisamente da 40.000,00 euro a 75.000,00 euro.

Appare quindi opportuno effettuare una lettura sistematica del predetto art. 95, comma 3, del D.Lgs. n. 50/2016, tenuto conto della ratio del D.L. Semplificazioni, e in coerenza con la previsione di cui all'art. art. 1, comma 2, lett. a) del D.L. n. 76/2020, che ha innalzato la soglia dell'affidamento diretto da euro 40.000,00 ad euro 75.000,000, anche per i servizi di ingegneria e architettura e per l'attività di progettazione, peraltro in deroga espressa all'art. 157, comma 2, D.Lgs. n. 50/2016.

Da una prima analisi della normativa in esame si rileva che le SS.AA. sono obbligate ad utilizzare il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa – di cui all'art. 95, comma 3 del D.Lgs. n. 50/2016 - per i servizi di ingegneria e architettura e per altri servizi di natura tecnica ed intellettuale – per gli affidamenti di importo pari o superiore a 75.000,00 euro, ravvisandosi, al di sotto del predetto limite di valore, un'ipotesi di affidamento diretto, per il quale non vengono in considerazione criteri di aggiudicazione.

Nel caso di affidamento diretto, l'individuazione dell'affidatario può avvenire, secondo quanto previsto dall'art. 1, comma 3 del D.L. Semplificazioni, sulla base della determina a contrarre, o atto equivalente, che contenga gli elementi descritti nell'art. 32, comma 2, del D.Lgs. n. 50/2016, ed in particolare, le ragioni di tipo qualitativo ed economico poste a fondamento dell'individuazione dell'aggiudicatario.

L'interpretazione sopra esposta si ritiene altresì applicabile alle ulteriori ipotesi di affidamento diretto di cui all'art. 95, comma 3, lett. a) e b-bis), del D.Lgs. n. 50/2016, con conseguente obbligo di utilizzo dell'o.e.p.v. basata sul miglior rapporto qualità/prezzo per le seguenti tipologie di beni e servizi: a) servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, servizi ad alta intensità di manodopera, come definiti dall'art. 50 del citato D.Lgs.; b-bis) servizi e forniture, caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo; solo ove i predetti contratti siano di importo superiore al predetto limite di valore di 75.000,00 euro, rimanendo al di sotto del predetto limite utilizzabile l'affidamento diretto, da espletarsi secondo il dettato del su citato art. 32, comma 2, del D.Lgs. n. 50/2016.

Box Riepilogativo

Par. 1.6

1. Le Stazioni Appaltanti nell'affidamento di servizi di ingegneria e architettura ed altri servizi di natura tecnica ed intellettuale – le cui procedure siano state indette sotto la vigenza del D.L. Semplificazioni e relativa Legge di conversione – utilizzano il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla

base del miglior rapporto qualità/prezzo, di cui all'art. 95, comma 3 del D.Lgs. n. 50/2016, per affidamenti di importo pari o superiori a 75.000,00 euro.

2. Per affidamenti di importo inferiore a 75.000,00 euro le SS.AA. evidenziano, nella determina a contrarre o atto equivalente le ragioni - qualitative ed economiche - poste a fondamento dell'individuazione dell'affidatario diretto.
3. Le SS.AA. devono utilizzare l'OEPV qualità/prezzo, per gli affidamenti previsti all'art. 95, comma 3 del Codice, ossia:
 - a) servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché servizi ad alta intensità di manodopera, come definiti dall'art. 50 del citato decreto legislativo;
 - b-bis) servizi e forniture, caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo.

Solo ove i predetti contratti siano di importo superiore al predetto limite di valore di 75.000,00 euro, rimanendo al di sotto del predetto limite utilizzabile l'affidamento diretto, da espletarsi secondo il dettato del su citato art. 32, comma 2, del D.Lgs. n. 50/2016.

1.7. Rapporti tra procedure ordinarie e procedure derogatorie

Il Decreto Legge 16 luglio 2020, n. 76, c.d. Decreto «Semplificazioni» prevede alcune procedure derogatorie rispetto alle procedure ordinarie di cui al D.Lgs. n. 50/2016 e (di seguito Codice).

In particolare, tali deroghe, quali previste dall'art. 1, comma 1, del citato D.L. Semplificazioni, ineriscono le procedure sotto soglia comunitaria, riducendo a due - affidamento diretto e procedura negoziata senza pubblicazione di bando - le tipologie di affidamento, rispetto alle quattro previste dal Codice (affidamento diretto, affidamento diretto previa consultazione del mercato, procedura negoziata senza pubblicazione di bando, procedura aperta) e, specificamente, come previsto dal successivo comma 2, lett. a) e b) del medesimo art. 1¹.

La su citata norma, dal punto di vista letterale, limita alle indicate ipotesi derogatorie, le modalità procedurali per gli affidamenti rientranti nei sopra riportati limiti di valore, in quanto, prevede che le deroghe “si applicano” per le procedure il cui atto di avvio (o atto equivalente) sia adottato entro il 31 dicembre 2021, e non contiene il richiamo alle procedure ordinarie, quale previsto dall'art. 36, comma 2 del Codice.

Ciò posto, occorre chiedersi se le Stazioni appaltanti possano applicare – durante il periodo temporale di vigenza della su richiamata normativa - le procedure ordinarie anziché quelle in deroga, nell'ottica di favorire la trasparenza e la più ampia partecipazione degli operatori, in modo da coniugare l'efficienza con la legalità e la tutela della concorrenza.

A tal proposito occorre considerare, in primo luogo, che le predette procedure in deroga trovano il loro fondamento nella ragione ispiratrice del citato D.L. Semplificazioni -quale prevista nella relativa Relazione Illustrativa al Parlamento- ossia nella necessità e urgenza di realizzare un'accelerazione degli investimenti e delle infrastrutture attraverso la semplificazione delle procedure in materia di contratti pubblici nell'ottica di contrastare le ricadute economiche conseguenti all'emergenza epidemiologica provocata dal Covid-19, senza costituire un pregiudizio per i presidi di legalità.

Occorre poi operare una lettura della disciplina in esame che tenga conto del contesto normativo in cui è inserita, ed in particolare dell'art. 36 comma 1 del Codice – non derogato dal su citato art. 1, comma 1 del D.L. Semplificazioni – che prevede il rispetto nelle procedure sotto-soglia, oltre che del principio di rotazione, dei principi di cui all'art. 30, comma 1 del Codice (economicità, efficacia, tempestività, correttezza, ma anche libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità).

¹ A) affidamento diretto “puro” per importi inferiori a 75.000 euro - per beni e servizi - e inferiori a 150.000,00 euro per lavori;

B) procedura negoziata senza pubblicazione di bando, con numero minimo di operatori economici da invitare crescente, in ragione del valore dell'appalto (cinque operatori, per beni e servizi di importo superiore a 75.000 euro e inferiore alla soglia euro-unitaria, e per lavori superiori a 150.000,00 euro e inferiori a 350.000,00 euro; dieci operatori, per lavori superiori a 350.000 euro e inferiori a 1.000.000,00 di euro; quindici operatori, per lavori superiori a 1.000.000,00 di euro e inferiori alla soglia euro-unitaria).

Tali richiamati principi, tutt'ora pienamente vigenti, non solo non ostano all'espletamento di procedure ordinarie ma anzi, costituiscono diretta declinazione dei principi di *favor participationis*, concorrenza e parità di trattamento.

Non risultano peraltro abrogate dal citato D.L. n. 76/2020 le disposizioni del Codice che disciplinano le procedure ordinarie. Il legislatore con l'entrata in vigore del decreto semplificazioni, ha attribuito interesse preminente all'esigenza di accelerare gli affidamenti ed incentivare gli investimenti. Tenuto necessariamente conto di quanto sopra, si ritiene che le stazioni appaltanti potranno procedere all'affidamento dei contratti sottosoglia anche tramite procedure ordinarie (aperte o ristrette), purché ciò avvenga previa motivazione da parte della SA nonché nel rispetto dei tempi scanditi in maniera espressa dal D.L. semplificazioni e degli obiettivi di velocizzazione perseguiti dal legislatore con la citata normativa emergenziale ed in particolare:

- il rispetto del principio di non aggravamento;
- il rispetto dei termini di conclusione del procedimento previsto;
- il rispetto degli obiettivi di incentivazione degli investimenti e di argine alle ricadute economiche negative seguite all'emergenza COVID.

A supporto di quanto sopra si rammenta che in tal senso si è espressa anche l'Autorità Nazionale Anticorruzione con il parere del 4 agosto 2020, nonché il Servizio Giuridico del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti con Parere n. 735/2020.

In ordine, poi, all'indicazione di motivare, si veda un riscontro fornito dalla Corte dei conti Sez. Veneto (delibera 121/2020) che ribadisce la necessità di motivare una scelta differente da parte della SA nella determina a contrarre.

Si aggiungano poi alcune considerazioni di ordine pratico che potrebbero indurre le SS.AA. a optare per l'utilizzo delle procedure ordinarie, rispetto a quelle previste dal D.L. semplificazioni tra cui la possibile riduzione dei tempi. Si pensi, ad esempio, all'inversione procedimentale, alla riduzione dei termini di pubblicazione del bando di gara, aperto a tutti gli interessati in possesso dei requisiti ivi previsti, senza dover espletare alcuna preventiva indagine di mercato o individuare i criteri da utilizzare per scegliere i soggetti da invitare alle procedure in deroga, secondo il principio della rotazione. Qualora si opti per l'utilizzo della procedura ordinaria, ulteriore questione da analizzare afferisce i termini di conclusione dell'affidamento previsti dal decreto.

Su questo punto si precisa che il D.L. semplificazioni sembra legare il rispetto dei tempi espressamente indicati alle soglie di importo individuate e non alle procedure utilizzate.

In breve: due mesi per affidamenti di servizi inferiori a 75.000 Euro e di lavori di importo inferiore a 150.000; quattro mesi per appalti di importo superiori a tali soglie e inferiori alla soglia comunitaria.

Al fine di rispettare i suddetti termini, si precisa che restano ferme le semplificazioni introdotte nel decreto, tra cui in particolare:

1. la possibilità di effettuare l'inversione procedimentale;
2. è sempre autorizzata la consegna dei lavori in via di urgenza e, nel caso di servizi e forniture, l'esecuzione del contratto in via d'urgenza ai sensi dell'articolo 32, comma 8, del decreto legislativo n. 50/2016, nelle more della verifica dei requisiti di cui all'articolo 80 del medesimo decreto legislativo, nonché dei requisiti di qualificazione previsti per la partecipazione alla procedura;
3. le stazioni appaltanti possono prevedere, a pena di esclusione dalla procedura, l'obbligo per l'operatore economico di procedere alla visita dei luoghi, nonché alla consultazione sul posto dei documenti di gara e relativi allegati ai sensi e per gli effetti dell'articolo 79, comma 2, del decreto legislativo n. 50/2016 esclusivamente laddove detto adempimento sia strettamente indispensabile in ragione della tipologia, del contenuto o della complessità dell'appalto da affidare;

4. si applicano le riduzioni dei termini procedurali per ragioni di urgenza di cui agli articoli 60, comma 3, 61, comma 6, 62 comma 5, 74, commi 2 e 3, del decreto legislativo n. 50/2016. Nella motivazione del provvedimento che dispone la riduzione dei termini non è necessario dar conto delle ragioni di urgenza, che si considerano comunque sussistenti.

Da ultimo, si precisa che nel caso di utilizzo delle procedure ordinarie, non troveranno applicazione i commi 3 e 4 dell'art. 1. del D.L. semplificazioni. Quindi, in tal caso, **non troveranno applicazione: a) l'estensione dell'esclusione automatica anche nel caso in cui il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque; b) la deroga alle richieste delle garanzie di cui all'art. 93 del Codice.** Infatti, l'art. 1 comma 4 stabilisce che tale prescrizione trova applicazione *“per le modalità di affidamento di cui al presente articolo”*. Se ne ricava che tali deroghe non possano operare in caso di mancato utilizzo delle procedure disciplinate all'art. 1, quindi laddove la stazione appaltante decida di utilizzare le procedure ordinarie.

Box Par. 1.7	Riepilogativo
<p>a) Nel periodo di vigenza del D.L. Semplificazioni le SS.AA. utilizzano le procedure in deroga di cui all'art. 1, comma 2, lett. a) e lett. b).</p> <p>b) Il ricorso alle procedure ordinarie è ammissibile, in ogni caso, nel rispetto delle tempistiche previste dal su citato D.L. Semplificazioni in relazione all'importo di riferimento, e dunque:</p> <ul style="list-style-type: none">➤ 2 mesi, per importi < 75.000,00 euro per beni e servizi e < 150.000,00 euro per lavori;➤ 4 mesi, per importi = > 75.000,00 euro e < soglia euro-unitaria, per beni e servizi; = > 150.000,00 euro e < soglia euro-unitaria per lavori; <p>c) Le Stazioni appaltanti ove decidano di utilizzare le procedure ordinarie in luogo di quelle in deroga, dovranno specificare, nella determina a contrarre, le motivazioni di tale scelta.</p> <p>d) Le motivazioni potranno vertere, in particolare, sulla valorizzazione delle modalità e degli istituti previsti dal Codice per le procedure ordinarie, che ne consentono una più rapida ed agevole conclusione rispetto a quelli propri delle procedure in deroga, quali, in via esemplificativa:</p> <ul style="list-style-type: none">– la pubblicazione del bando di gara, aperto a tutti gli interessati in possesso dei requisiti ivi previsti, senza dover espletare alcuna preventiva indagine di mercato o individuare i criteri da utilizzare per scegliere i soggetti da invitare alle procedure in deroga, secondo il principio della rotazione;– la valorizzazione del ricorso all'inversione procedimentale, di cui all'art. 133, comma 8 del Codice, esteso ai settori ordinari dal D.L. n. 32/2019 come convertito dalla L. n. 55/2019 - applicabile solo alle procedure aperte - fino al 31 dicembre 2021, ai sensi dell'art. 8, comma 7 del D.L. Semplificazioni.	

2. LE MODIFICHE ALLE FASI DELLA PROCEDURE DI GARA E LE RESPONSABILITÀ DEL RUP

2.1 I termini di affidamento: indicazioni sul *dies a quo* e *dies ad quem* per concludere la procedura

Il D.L. 76/2020, così come convertito dalla L. 120/20, ha previsto agli articoli 1 e 2 una diversa disciplina degli affidamenti, con la finalità di rilanciare gli investimenti pubblici.

Il legislatore, nel definire l'ambito applicativo del D.L. Semplificazioni, si è discostato dalla tecnica legislativa utilizzata in occasione di altre modifiche alla normativa sulla contrattualistica pubblica. Ed invero, fino ad oggi il Legislatore aveva individuato quale momento di applicazione delle modifiche normative il riferimento "*alla pubblicazione del bando di gara o avviso e la spedizione delle lettere di invito*" a presentare offerta.

La nuova formulazione utilizzata nel D.L. Semplificazioni, invece, prevede quale momento di riferimento per l'individuazione dell'applicazione della normativa in esame "***la determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento equivalente***", **purché adottato entro il 31 dicembre 2021.**

Chiarito questo primo aspetto, essenziale per determinare il perimetro oggettivo del decreto in esame, preme poi fornire indicazioni in ordine all'ulteriore fondamentale novità riguardante l'aggiudicazione o l'individuazione definitiva del contraente che dovrà avvenire entro **il termine** di:

- **2 mesi o 4 mesi** dalla data di adozione dell'atto di avvio del procedimento, per gli affidamenti i cui all'articolo 1 (affidamenti sottosoglia);
- **entro il termine di 6 mesi** per gli affidamenti di cui all'articolo 2 (affidamenti soprasoglia).

Sotto questo profilo, si rileva che, mentre nella disposizione relativa *all'ambito di applicazione* del D.L. si fa espresso riferimento alla determina a contrarre o ad altro atto equivalente, nella disposizione relativa alla *definizione dei termini di conclusione* delle procedure, invece, non vi è la medesima formulazione, bensì vi è un generico riferimento alla "*data di adozione dell'atto di avvio del procedimento*".

Si pone quindi la necessità, ai fini del rispetto del termine, di individuare, per ciascuna delle procedure previste dal D.L. Semplificazioni, l'atto di avvio del procedimento e di aggiudicazione o individuazione definitiva del contraente, tenendo conto che il procedimento amministrativo finalizzato alla stipula del contratto d'appalto è un procedimento complesso che, in relazione alle diverse procedure di scelta del contraente (affidamento diretto, procedura negoziata, procedura aperta ecc.), è composto da più fasi e sub-procedimenti amministrativi.

Giova a tal fine ricordare che anche l'art. 32 del D.Lgs 50/2016, nel determinare le fasi della procedura di affidamento, prevede al comma 2 che "**Prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, le stazioni appaltanti in conformità ai propri ordinamenti, decretano o determinano di contrarre, individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte...**". Il legislatore del 2016 non aveva, quindi, individuato nella determina a contrarre l'atto di avvio del procedimento in quanto questa deve essere adottata "**prima dell'avvio**", volendo con ciò affermare che l'avvio vero e proprio avviene solo con un atto successivo, avente valenza verso l'esterno, verso terzi, e non con la determina a contrarre che ha valenza interna all'amministrazione.

2.1.1. Procedura art. 1, comma 2, lett. b)

In riferimento alle procedure di cui all'articolo 1 del D.L., **nel caso della procedura negoziata senza bando**, tenuto conto della definizione di cui all'art. 3 comma 1, lettera uuu del D.lgs 50/2016², **l'atto di "avvio" della procedura**, per il calcolo del termine per pervenire all'aggiudicazione o all'individuazione definitiva del contraente (*dies a quo*), **è da rinvenire nell'invio della lettera di invito agli operatori economici precedentemente individuati. Dunque, il termine di 4 mesi decorre dal momento dell'invio della lettera di invito, sia nel caso in cui l'individuazione degli operatori economici avvenga a seguito di indagine di mercato sia nel caso di utilizzo degli elenchi precostituiti.**

L'indagine di mercato è, infatti, propedeutica alla fase di negoziazione vera e propria; dunque, per tale ragione, si ritiene che sia esclusa dal sub-procedimento amministrativo finalizzato all'individuazione del contraente della P.A.; analoghe argomentazioni valgono nel caso in cui l'individuazione degli operatori economici avvenga tramite elenco.

Anche l'ANAC, nella delibera 413 dell'8 maggio 2019, ritiene che *"In base alla lettura congiunta del citato art. 36 del Codice e delle Linee guida ANAC n. 4, si può rilevare che, nel caso in cui la stazione appaltante faccia ricorso ad una procedura negoziata, preceduta dalla pubblicazione di un avviso di indagine di mercato, la procedura di scelta del contraente è strutturata in due fasi (la fase preliminare di manifestazione di interesse o cd. prequalifica e quella di formulazione dell'offerta), le quali, ancorché legate da un nesso di stretta strumentalità sono, tuttavia, autonome, dal momento che solo con la trasmissione della lettera di invito si instaura una relazione giuridicamente vincolante tra l'operatore economico e la stazione appaltante, facendo acquisire al primo la qualità di "candidato" alla procedura (ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. bb) del Codice) nonché di "offerente" (ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. bb) ovvero di soggetto che, mediante la presentazione dell'offerta, assume un effettivo e concreto impegno nei confronti della stazione appaltante anche sotto l'aspetto della modalità di partecipazione alla gara e di esecuzione del contratto"* (cfr. TAR Friuli Venezia Giulia, sez. I, 23 luglio 2018, n. 259, nonché TAR Campania, Napoli, sez. VIII, 14 marzo 2019, n. 1431, secondo la quale *"la fase esplorativa e la fase di vera e propria competizione – o di gara ancorché con procedura negoziata – devono essere tenute nettamente distinte"* dal momento che nell'avviso pubblico di manifestazione di interesse *"non vi è ancora alcuna selezione tra i partecipanti e l'interesse perseguito è solo di tipo esplorativo"*). Secondo consolidata giurisprudenza, infatti, *"la c.d. fase di prequalifica, costituisce una fase preliminare, prodromica alla gara vera e propria, mediante la quale la stazione appaltante si limita a verificare la disponibilità del mercato e, quindi, ad individuare la platea dei potenziali concorrenti da invitare alla procedura di affidamento in senso proprio mentre solo in fase di presentazione delle offerte è necessario provare in concreto la sussistenza dei requisiti di ordine generale e speciale in capo ai soggetti invitati"* (Cons. Stato, sez. IV, 3 luglio 2014, n. 3344; nonché TAR Campania, Napoli, sez. I, 24 gennaio 2018, n. 481)."

La procedura si conclude con l'adozione del provvedimento di aggiudicazione, ai sensi dell'art. 32, comma 5 del d.lgs. n. 50/2016, con il quale si procede all'individuazione definitiva del contraente.

² Art.3 lett. uuu) del d.lgs. 50/12016: *"«procedure negoziate», le procedure di affidamento in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto"*.

2.1.2. Affidamenti di cui all'art.1, comma 2, lett a)

In relazione agli affidamenti diretti di cui all'art. 1 comma 2 lett. a), sulla base delle considerazioni sopra svolte, l'atto di avvio del procedimento da prendere in considerazione per la decorrenza del termine massimo stabilito dal D.L. per pervenire all'aggiudicazione o all'individuazione definitiva del contraente (di due mesi) è da rinvenire nell'invio della richiesta di offerta all'operatore economico scelto con o senza previa richiesta di preventivi a più operatori economici.

La procedura si conclude con l'adozione della determina a contrarre o atto equivalente di cui all'art. 32, comma 2³ oppure con l'adozione del provvedimento di aggiudicazione ai sensi dell'art. 32, comma 5⁴ del Codice dei contratti pubblici.

2.1.3. Affidamenti di cui all'art. 2

Nel caso di **procedura aperta**, sulla base della definizione di cui all'art. 3 comma 1, lettera sss)⁵ e dell'art. 60 del D.lgs n. 50/2016 ove si prevede che "qualsiasi operatore economico interessato può presentare un'offerta in risposta a un avviso di indizione di gara", l'atto di avvio del procedimento che consente agli operatori di poter presentare offerta è la pubblicazione del bando o avviso di indizione di gara.

La procedura anche in questo caso si conclude con l'adozione del provvedimento di aggiudicazione ai sensi dell'art. 32, comma 5, con il quale si procede all'aggiudicazione o all'individuazione definitiva del contraente.

Box Riepilogativo (*dies a quo e dies ad quem*)

AFFIDAMENTO DIRETTO

AVVIO (*dies a quo*): data di invio della richiesta di offerta all'operatore economico.

CONCLUSIONE (*dies ad quem*): provvedimento ai sensi art. 32, co. 2 o ai sensi dell'art. 32 co. 5 del d.lgs. 50/2016.

PROCEDURA NEGOZIATA

AVVIO (*dies a quo*): data di invio della lettera di invito agli operatori economici individuati tramite elenco o a seguito di indagine di mercato.

CONCLUSIONE (*dies ad quem*): provvedimento ai sensi art. 32, comma 5 D.Lgs 50/2016.

PROCEDURA APERTA

AVVIO (*dies a quo*): data invio del bando alla GUCE.

CONCLUSIONE (*dies ad quem*): provvedimento ai sensi art. 32, comma 5 D.Lgs 50/2016.

³ Art. 32, comma 2 del d.lgs. n. 50/2016 "(...)la procedura di cui all'articolo 36, comma 2, lettere a) e b), la stazione appaltante può procedere ad affidamento diretto tramite determina a contrarre, o atto equivalente, che contenga, in modo semplificato, l'oggetto dell'affidamento, l'importo, il fornitore, le ragioni della scelta del fornitore, il possesso da parte sua dei requisiti di carattere generale, nonché il possesso dei requisiti tecnico-professionali, ove richiesti".

⁴ Art. 32, comma 5 del d.lgs. n. 50/2016: "La stazione appaltante, previa verifica della proposta di aggiudicazione ai sensi dell'articolo 33, comma 1, provvede all'aggiudicazione".

⁵ Art.3, comma 1 lett. sss) del d.lgs. n. 50/2016: «procedure aperte», le procedure di affidamento in cui ogni operatore economico interessato può presentare un'offerta;

2.2 La stipula del contratto

Il legislatore, sempre con la medesima finalità, è intervenuto con gli articoli 4 e 8 del D.L. Semplificazioni apportando modifiche alla fase di stipula dei contratti.

In particolare, con l'art. 4 della Legge 120/2020, è stata introdotta una modifica all'art. 32 del d.lgs. n. 50/16 prevedendo che, **divenuta efficace l'aggiudicazione, la stipula dovrà aver luogo entro i successivi 60 giorni.**

Il legislatore ha poi rafforzato la cogenza di quanto sopra, prevedendo che **un diverso termine stabilito nel bando o nell'invito, oppure concordato con l'aggiudicatario, deve trovare giustificazione nell'interesse alla sollecita esecuzione del contratto.** Infatti, è stato previsto che il mancato rispetto del termine suindicato deve essere motivato con specifico riferimento *“all'interesse della stazione appaltante e a quello nazionale alla sollecita esecuzione del contratto e viene valutato ai fini della responsabilità erariale e disciplinare del dirigente preposto”.*

“Non costituisce giustificazione per la mancata stipula la pendenza di un ricorso giurisdizionale, salvo non sia stata disposta o inibita la stipulazione del contratto”.

Il legislatore è così intervenuto sulla diffusa problematica derivante dalla proposizione di ricorsi giurisdizionali avverso le aggiudicazioni che, di fatto, comportano un differimento nella stipula dei contratti fino alla definizione della lite, almeno in primo grado. Tale problematica rileva soprattutto in considerazione delle conseguenze in termini di responsabilità in caso di soccombenza dell'amministrazione.

In relazione a ciò, il legislatore ha previsto per **le stazioni appaltanti la facoltà di stipulare contratti di assicurazione della propria responsabilità civile derivante dalla conclusione del contratto e dalla prosecuzione o sospensione della sua esecuzione.**

Tale previsione risulta di non immediata applicazione, in quanto anche l'individuazione della compagnia assicuratrice si configura come affidamento di un servizio ai sensi del Codice dei contratti pubblici; conseguentemente, richiede tempo per l'espletamento della procedura, non risolvendo la problematica. Ne deriva che le stazioni appaltanti dovranno trovare un'altra soluzione per rispettare tale previsione.

Orbene, se non è stata inibita dal giudice la stipula del contratto, il termine dei 60 trova piena applicazione; al fine, quindi, di non incorrere in responsabilità, si ritiene che una strada percorribile sia quella di prevedere, all'interno del contratto, ai sensi art. 1353 del codice civile, una condizione risolutiva espressa in caso di soccombenza della S.A.

Nel caso di avveramento della condizione risolutiva, al fine - ove possibile- di preservare, in caso di soccombenza, il diritto all'esecuzione delle prestazioni del soggetto ricorrente, occorre disciplinarne anche gli effetti in relazione all'ambito dei lavori, forniture e servizi, all'oggetto del contratto e alle condizioni di esecuzione.

Laddove ciò non sia possibile, occorre, nel dare esecuzione al contratto, trovare modalità che preservino, in caso di soccombenza, il diritto all'esecuzione da parte del nuovo aggiudicatario (questo soprattutto laddove l'aggiudicazione avvenga con il criterio qualità/prezzo).

La modifica apportata all'art. 32, comma 8 del d.lgs. 50/2016, dall'art. 8 del D.L. in esame, è una modifica a regime e, dunque, espleta i suoi effetti su tutti gli affidamenti anche esaurito il periodo temporale di vigenza del D.L. semplificazioni.

Questa disciplina deve essere poi collegata alla previsione, di cui all'art. 1, comma 1 della L. 120/2020 secondo la quale *“la mancata stipula del contratto o il tardivo avvio dell'esecuzione del*

contratto possono essere valutati ai fini della responsabilità del RUP per danno erariale e qualora imputabili all'operatore economico, costituiscono causa di esclusione dalla procedura (mancata stipula) o di risoluzione di diritto del contratto per inadempimento (tardivo avvio dell'esecuzione) che viene dichiarata senza indugio dalla stazione appaltante". Quest'ultima previsione accentua maggiormente le problematiche applicative, soprattutto per gli appalti di lavori disciplinati, per gli affidamenti sottosoglia, da tale disposizione.

Box Riepilogativo

Par. 2.2

La stipula del contratto, in base all'art. 32 comma 8 del Codice, deve avvenire entro 60 giorni dall'aggiudicazione efficace.

Le stazioni appaltanti possono stabilire un diverso termine di stipula solo ove lo stesso sia giustificato dall'interesse alla sollecita esecuzione del contratto. Il termine diverso è stabilito nel bando o nell'invito a offrire, motivandone le ragioni nel provvedimento di indizione. Un termine diverso può essere concordato con l'aggiudicatario motivandone le ragioni nel provvedimento di aggiudicazione efficace.

Il mancato rispetto del termine deve essere motivato con specifico riferimento all'interesse della stazione appaltante e a quello nazionale alla sollecita esecuzione del contratto e viene valutato ai fini della responsabilità erariale e disciplinare del dirigente.

Secondo il novellato art. 32, comma 8 del D.Lgs. 50/2016, non costituisce giustificazione per la mancata stipula la pendenza di un ricorso giurisdizionale se non sia stata disposta o inibita la stipula, mentre rimane invariata la disciplina, prevista dal comma 11 del medesimo articolo⁶, qualora sia stata presentata o accolta istanza cautelare.

Il rigetto dell'istanza cautelare non costituisce giustificazione per la mancata stipula del contratto. Ne consegue che l'Amministrazione, nell'ipotesi in cui il Giudice respinga l'istanza cautelare ovvero il ricorrente rinunci alla medesima al fine di ottenere la fissazione dell'udienza di merito, non può sospendere il procedimento di gara per attendere l'esito del giudizio ma deve procedere fino alla stipula del contratto.

In caso di stipula in pendenza di ricorso, dovrà essere inserita nel contratto una clausola risolutiva espressa per l'ipotesi di esito sfavorevole del ricorso medesimo. Occorrerà definire tale clausola in riferimento al tipo di provvedimento impugnato, disciplinando anche le conseguenze economiche della eventuale risoluzione del contratto.

La norma in esame prevede che la stazione appaltante possa stipulare un contratto di assicurazione specifico per la responsabilità civile derivante dalla stipulazione del contratto ovvero dalla decisione di sospendere o proseguire l'esecuzione del medesimo.

Nel caso in cui la mancata stipula del contratto o il tardivo avvio dell'esecuzione siano imputabili all'operatore economico, costituendo gli stessi causa di esclusione dalla procedura (mancata stipula) o di risoluzione di diritto del contratto per inadempimento (tardivo avvio dell'esecuzione) la stazione appaltante procede a dichiarare senza indugio la risoluzione con apposito provvedimento.

2.3 L'esecuzione in via di urgenza

Il legislatore all'art. 8, comma 1, del D.L. 76/2020 ha previsto quale misura temporanea da applicarsi alle procedure *“pendenti disciplinate dal decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50, i cui bandi o avvisi, con i quali si indice una gara, sono già stati pubblicati alla data di entrata in vigore del presente decreto, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure in cui, alla medesima data, siano già stati inviati gli inviti a presentare le offerte, o i preventivi, ma non siano scaduti i relativi termini, e in ogni caso per le procedure disciplinate dal medesimo decreto legislativo*

⁶ Art.32, comma 11, del d.lgs. n. 50/2016: *“ Se è proposto ricorso avverso l'aggiudicazione con contestuale domanda cautelare, il contratto non può essere stipulato, dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante e per i successivi venti giorni, a condizione che entro tale termine intervenga almeno il provvedimento cautelare di primo grado o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado in caso di decisione del merito all'udienza cautelare ovvero fino alla pronuncia di detti provvedimenti se successiva. L'effetto sospensivo sulla stipula del contratto cessa quando, in sede di esame della domanda cautelare, il giudice si dichiara incompetente ai sensi dell'articolo 15, comma 4, del codice del processo amministrativo di cui all'Allegato I al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, o fissa con ordinanza la data di discussione del merito senza concedere misure cautelari o rinvia al giudizio di merito l'esame della domanda cautelare, con il consenso delle parti, da intendersi quale implicita rinuncia all'immediato esame della domanda cautelare”*

avviate a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino alla data del 31 dicembre 2021“ che “ è sempre autorizzata la consegna dei lavori in via di urgenza e, nel caso di servizi e forniture, l’esecuzione del contratto in via di urgenza ai sensi dell’art. 32 comma 8 , del decreto legislativo n. 50 del 2016, nelle more della verifica dei requisiti di cui all’art. 80 del medesimo decreto legislativo, nonché dei requisiti di qualificazione previsti per la partecipazione alla procedura.”

La norma introduce, quindi, per le procedure di affidamento già avviate alla data del 17 luglio 2020 per le quali non era ancora scaduto il termine per presentare le offerte e per quelle avviate successivamente al 17 luglio e fino al 31 dicembre 2021 **l’autorizzazione ad effettuare la consegna in via d’urgenza**, anche al di fuori della sussistenza dei presupposti previsti dall’ art 32 comma 8.

In particolare, è sempre autorizzata l’esecuzione anticipata nelle more dell’effettuazione dei controlli sia sui requisiti di ordine generale (art. 80), sia sui criteri di selezione stabiliti per la partecipazione alla gara (requisiti di capacità economica e finanziaria e capacità tecniche e professionali art 83) e, quindi, dopo l’aggiudicazione disposta ai sensi dell’art. 32, comma 5.

L’applicazione di tale previsione pone alcuni interrogativi derivanti dalla necessità di prevedere una specifica disciplina nella documentazione di gara per regolare l’ipotesi in cui i controlli diano esito negativo e, pertanto, non sia possibile pervenire all’aggiudicazione efficace della prestazione all’operatore economico ed alla stipula del contratto.

Il legislatore ha ricondotto tali ipotesi nell’ambito dell’art. 32, comma 8; pertanto, nel caso in cui non sia possibile dichiarare efficace l’aggiudicazione e procedere alla stipula del contratto, si procederà all’annullamento dell’aggiudicazione e si disporrà il mero rimborso delle spese sostenute per l’esecuzione dei lavori ordinati dal Direttore Lavori o per l’esecuzione delle prestazioni espletate su ordine del Direttore dell’Esecuzione.

Ulteriori aspetti da disciplinare attengono ai **tempi dei pagamenti delle prestazioni eseguite e alla costituzione delle garanzie per i lavori delle polizze assicurative previste dall’art. 103 del D.Lgs n. 50/2016**. In relazione ai **pagamenti**, in analogia alla disciplina di cui all’art. 163 del Dlgs 50/16 per i lavori in somma urgenza, potrebbe essere previsto il pagamento delle prestazioni eseguite solo dopo l’esito dei controlli sui requisiti e, in mancanza di esito favorevole procedere al rimborso delle spese sostenute, come previsto dall’art. 32, comma 8, che dovranno essere quantificate dalla stazione appaltante non corrispondendo al pagamento per intero della prestazione svolta sulla base del corrispettivo indicato in offerta.

Per le procedure di affidamento già avviate alla data del 17 luglio 2020 per le quali non era ancora scaduto il termine per presentare le offerte e per quelle avviate successivamente al 17 luglio e fino al 31 dicembre 2021, è **sempre autorizzata la consegna in via di urgenza anche al di fuori della sussistenza dei presupposti previsti dall'art 32 comma 8.**

Il legislatore in particolare autorizza l'esecuzione anticipata nelle more dell'effettuazione dei controlli sia sui requisiti di ordine generale (art. 80) sia sui criteri di selezione stabiliti per la partecipazione alla gara (requisiti di capacità economica e finanziaria e capacità tecniche e professionali art 83) e quindi dopo l'aggiudicazione disposta ai sensi dell'art. 32, comma 5.

Per tutti gli affidamenti è quindi possibile, ai sensi dell'art. 8 comma 1 lettera a) del decretolegge 76/2020, procedere alla consegna dei lavori in via d'urgenza e nel caso di servizi e forniture all'esecuzione del contratto in via d'urgenza nelle more della verifica dei requisiti.

In relazione ai **pagamenti** derivanti dall'esecuzione anticipata, in analogia alla disciplina prevista dall'art. 163 per i lavori in somma urgenza, la stazione appaltante prevede che il pagamento delle prestazioni verrà eseguito solo dopo l'esito dei controlli sui requisiti e la stipula del contratto. In mancanza di esito favorevole la stazione appaltante procederà al rimborso delle spese sostenute, come previsto dall'art. 32 comma 8 del D.Lgs. 50/2016, che dovranno essere quantificate della SA, non corrispondendo tali somme al pagamento per intero della prestazione svolta sulla base del corrispettivo indicato in offerta.

2.4 L'erogazione dell'importo dell'anticipazione sul prezzo ai sensi dell'art. 35, comma 18 del DL semplificazioni.

Un altro aspetto di cui occorre tener conto è **l'anticipazione del prezzo**, anche a seguito della modifica apportata all'art. 35, comma 18 del D.Lgs 50/2016 dall'art. 91, comma 2, decreto-legge n. 18 del 2020, convertito dalla legge n. 27 del 2020 che ha previsto che *“Sul valore del contratto di appalto viene calcolato l'importo dell'anticipazione del prezzo pari al 20 per cento da corrispondere all'appaltatore entro quindici giorni dall'effettivo inizio della prestazione. L'erogazione dell'anticipazione, consentita anche nel caso di consegna in via d'urgenza, ai sensi dell'[articolo 32, comma 8](#), del presente codice, è subordinata alla costituzione di garanzia fideiussoria bancaria o assicurativa di importo pari all'anticipazione maggiorato del tasso di interesse legale applicato al periodo necessario al recupero dell'anticipazione stessa secondo il cronoprogramma della prestazione”*.

Si ricorda che **l'anticipazione può essere incrementata fino al 30% per le procedure indette entro il 30 giugno 2021**, compatibilmente con le disponibilità finanziarie, ai sensi dell'[art. 207 della legge n. 77 del 2020](#).

A seguito delle modifiche apportate all'art. 35 del Codice dei contratti pubblici, **l'anticipazione è consentita anche in caso di consegna in via di urgenza ai sensi art. 32, comma 8.**

L'ipotesi introdotta con il DL Semplificazioni, convertito con legge n. 120/2020, **attiene invece ad una consegna in via di urgenza in base ad una aggiudicazione “ancora non efficace”, in quanto effettuata nelle more dell'espletamento dei controlli.**

Considerata la predetta diversa circostanza, potrebbe prevedersi che l'anticipazione sia consentita nei casi in cui la consegna in via di urgenza avvenga **dopo l'intervenuta efficacia dell'aggiudicazione**, mentre nel caso di consegna in via di urgenza ai sensi art. 8 comma 1 lett. a) del DL semplificazioni la stessa potrà essere effettuata solo dopo l'espletamento dei controlli e quindi ad aggiudicazione efficace.

In relazione alla garanzia e alle polizze assicurative, le stesse andrebbero costituite prima di effettuare la consegna in via di urgenza al fine di garantire la stazione appaltante in ordine alla corretta esecuzione del contratto con un conseguente onere a carico dell'aggiudicatario.

A seguito delle modifiche apportate all'art. 35 l'anticipazione è consentita anche in caso di consegna in via di urgenza, ai sensi art. 32, comma 8 e, quindi, a seguito dell'intervenuta efficacia dell'aggiudicazione ovvero quando i controlli sono già stati effettuati ed è confermato il possesso dei requisiti dichiarati dall'operatore economico e pertanto la consegna avviene nelle more delle attività necessarie per pervenire alla stipula del contratto.

Nell'ipotesi introdotta con il decreto legge 76/2020 la consegna in via di urgenza avviene invece nelle more dell'espletamento dei controlli.

Da tale diversa situazione deriva che l'anticipazione è **sempre consentita** nei casi in cui la consegna in via di urgenza avvenga dopo l'intervenuta efficacia dell'aggiudicazione, mentre nel caso di consegna in via di urgenza ai sensi art 8 comma 1 lett. a) del decreto legge, nelle more dei controlli, **l'anticipazione stessa potrà essere effettuata solo dopo l'espletamento dei controlli** e quindi ad aggiudicazione efficace.

2.4 Indicazioni in ordine alla responsabilità dei RUP.

La stringente disciplina dei termini procedurali è suscettibile di produrre effetti anche sotto il profilo della responsabilità del RUP.

In tal senso, l'art. 1, comma 1, ultimo periodo della L. 120/2020 prevede: *“Il mancato rispetto dei termini di cui al secondo periodo, la mancata tempestiva stipulazione del contratto e il tardivo avvio dell'esecuzione dello stesso possono essere valutati ai fini della responsabilità del responsabile unico del procedimento per danno erariale e, qualora imputabili all'operatore economico, costituiscono causa di esclusione dell'operatore dalla procedura o di risoluzione del contratto per inadempimento che viene senza indugio dichiarata dalla stazione appaltante e opera di diritto”*.

La disposizione in esame, pertanto, impone più che mai al RUP una condotta solerte e proattiva, volta a ottimizzare l'economia dei tempi procedurali, adottando gli accorgimenti e/o i provvedimenti più opportuni, a seconda del caso concreto, per circoscrivere al massimo la durata delle singole fasi sub-procedurali. Va tuttavia tenuto presente che il procedimento di gara d'appalto, in quanto procedimento complesso, si articola al suo interno in “endo” e “sub-procedimenti” la cui durata è spesso sottratta alla disponibilità del RUP (si pensi ad esempio all'attività della Commissione nella valutazione dell'oeqv, al subprocedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta o ancora alla valutazione della congruità dei costi del personale). E' evidente pertanto che non sarà ascrivibile al RUP il protrarsi dei tempi procedurali nelle ipotesi in cui l'incidenza temporale sia riconducibile a fasi il cui *dominus* è un soggetto distinto.

Si sottolinea come sia prevista anche la responsabilità del RUP (o del Dirigente nel caso in cui questo non coincida col RUP) in caso di mancato rispetto dei termini prescritti per la stipula del contratto. Con la modifica dell'art. 32, comma 8 del D. Lgs 50/2016 il legislatore ha previsto che *“La mancata stipulazione del contratto nel termine previsto deve essere motivata con specifico riferimento all'interesse della stazione appaltante e a quello nazionale alla sollecita esecuzione del contratto e viene valutata ai fini della responsabilità erariale e disciplinare del dirigente preposto”*.

L'aggravio di responsabilità per il RUP conseguente alla previsione di stringenti termini procedurali risulta ‘calmierato’ da un'altra disposizione introdotta dal decreto Semplificazioni convertito, con la Legge 120/2020.

L'art. 21 della L. 120/2020 rubricato “Responsabilità erariale” prevede infatti:

“1. All'articolo 1, comma 1, della legge 14 gennaio 1994, n. 20, dopo il primo periodo è inserito il seguente: «La prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso».

2. Limitatamente ai fatti commessi dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al 31 dicembre 2021, la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica per l'azione di responsabilità di cui all'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, è limitata ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del

soggetto agente è da lui dolosamente voluta. La limitazione di responsabilità prevista dal primo periodo non si applica per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente.”

Da una lettura coordinata delle norme sembra che il RUP/Dirigente possa essere valutato ai fini della responsabilità erariale ogni qualvolta compia, consapevolmente, un'azione che rappresenti un reato (dolo) oppure ogniqualvolta ometta di compiere delle azioni per colpa grave o per dolo.

Infatti, nella Relazione illustrativa del Decreto semplificazioni è previsto che, fino al 31 dicembre 2021, si limita la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica al solo profilo del dolo per le azioni e non anche per le omissioni, in modo che i pubblici dipendenti abbiano maggiori rischi di incorrere in responsabilità in caso di “non fare” (omissioni e inerzie) rispetto al fare, dove la responsabilità viene limitata al solo profilo del dolo.

Schematicamente:

- **per i danni cagionati da azione: si risponde solo per dolo;**
- **per i danni cagionati da omissione o inerzia: si risponde per colpa grave e dolo.**

Nella sistematica della responsabilità amministrativa per danno erariale e dei rispettivi elementi costitutivi, oltre agli elementi oggettivi del fatto e del danno (inteso come diminuzione patrimoniale o violazione dei principi/valori fondamentali della contabilità pubblica) e del rapporto di causalità, è richiesto l'elemento soggettivo del dolo o della colpa grave.

Con riferimento all'elemento soggettivo del dolo, è da osservare che la modifica apportata dal primo comma dell'art. 21 della L. 20/1994 comporta una limitazione di responsabilità in capo ai soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei Conti in materia di contabilità pubblica per l'azione di responsabilità di cui all'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20. La norma, infatti, superando l'oscillazione interpretativa che da tempo caratterizzava la giurisprudenza contabile, chiarisce che il dolo deve essere riferito all'evento dannoso in chiave penalistica e non in chiave civilistica (così la Relazione illustrativa). Come affermato dalle sezioni riunite della Corte dei Conti, la norma riecheggia l'art. 43 c.p. il quale prevede la espressa volontà dell'evento dannoso o pericoloso (Audizione della Corte dei Conti sul disegno di legge n. 1883, decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, recante “misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale”).

Pertanto, a seguito della riforma, qualora il RUP fosse coinvolto in un giudizio di responsabilità a suo carico, potrà essere chiamato a rispondere delle conseguenze derivanti dal suo comportamento solo nell'ipotesi in cui si dimostrasse non solo la consapevole violazione degli obblighi di servizio ma anche la specifica volontà di provocare un danno erariale nei confronti della pubblica amministrazione.

Gli effetti della norma appena introdotta si apprezzano, dunque, sotto un profilo processuale poiché comportano, da un lato, l'aggravamento dell'onere probatorio in capo a chi è chiamato a dimostrare l'intenzionalità del comportamento potenzialmente foriero della responsabilità e, dall'altro, una corrispondente posizione di maggior favore in capo al soggetto convenuto in giudizio.

La giurisprudenza offre una serie di specifiche proposizioni ai fini della corretta qualificazione dell'elemento soggettivo della colpa grave, necessaria ai fini dell'addebito di responsabilità erariale (cfr. Corte Conti Abruzzo sez. reg. giurisd. - 03/05/2017, n. 48). Essa è configurata nella "*negligenza intollerabile*" o "*trascuratezza imperdonabile*" ai propri doveri di servizio, cioè il non aver osservato non tanto la diligenza "media", quanto la diligenza "minimale" che nella stessa situazione era lecito attendersi anche dal soggetto meno preparato e meno scrupoloso.

Si ritiene di poter ipotizzare un possibile rischio di danno erariale nel caso, ad esempio, di:

- perdita di finanziamenti comunitari, statali o regionali, per mancato rispetto dei termini di conclusione della selezione del contraente previsti dai provvedimenti di concessione dei finanziamenti, laddove la scelta della procedura semplificata prevista dal Decreto - rispetto a quella “maggiormente concorrenziale” adottata in auto vincolo dal RUP – avrebbe verosimilmente garantito l'affidamento nei tempi previsti per l'ottenimento del finanziamento stesso;
- o danni da disagio o altri disvalori per la PA o per la comunità di riferimento, direttamente imputabili al ritardo o all'inerzia del funzionario preposto.

Fatte le sopracitate premesse, possiamo suggerire alle stazioni appaltanti al fine di assicurare i RUP in merito alla responsabilità erariale sul rispetto dei termini previsti dalla norma:

1. Indicazione nelle determine a contrarre, negli atti di avvio del procedimento o negli atti equivalenti della durata presunta dei procedimenti al fine di consentire la valutazione della congruità della scelta ed il monitoraggio dei tempi;
2. Indicazione nella determina di aggiudicazione dell'eventuale motivazione sullo sfioramento dei termini normativamente previsti e le ragioni connesse al supplemento temporale richiesto per la conclusione della procedura (es. prolungarsi dell'attività della Commissione giustificata dal numero delle offerte pervenute o da altri fattori di complessità sopravvenuti);
3. Indicazione nel provvedimento di nomina della commissione giudicatrice della tempistica prospettata ed attesa per la conclusione delle valutazioni della Commissione.

Le suddette indicazioni e precisazioni da riportare nei provvedimenti, compreso quello di nomina della commissione giudicatrice dovranno tener conto, volta per volta, valutata la specificità di ogni singola procedura:

- della numerosità degli operatori economici partecipanti alla gara (tipologia del mercato);
- della complessità della procedura (si fa riferimento, in particolare, alle gare complesse dei soggetti aggregatori);
- del criterio di aggiudicazione prescelto.

Box riepilogativo	Par. 2.5
<p>La disposizione in esame impone al RUP una condotta solerte e proattiva, volta a ottimizzare l'economia dei tempi procedurali, adottando gli accorgimenti e/o i provvedimenti più opportuni, a seconda del caso concreto, per circoscrivere al massimo la durata delle singole fasi del procedimento.</p> <p>E' evidente che non sarà ascrivibile al RUP il protrarsi dei tempi procedurali nelle ipotesi in cui l'incidenza temporale sia riconducibile a fasi il cui <i>dominus</i> è un soggetto distinto (es. valutazione delle offerte da parte della commissione giudicatrice, valutazione della congruità del prezzo offerto ecc.).</p> <p>Si segnalano pertanto alcuni accorgimenti, sul rispetto dei termini previsti dalla norma, che il RUP potrà adottare in fase di redazione degli atti di gara, al fine di ridurre il rischio di incorrere in responsabilità erariale:</p> <ol style="list-style-type: none">1. Indicazione nelle determine a contrarre, negli atti di avvio del procedimento o negli atti equivalenti, della durata presunta dei procedimenti al fine di consentire la valutazione della congruità della scelta ed il monitoraggio dei tempi; ciò in ossequio alle innovazioni apportate alla legge 241/90 dal medesimo decreto legge (cfr. art. 12 nel quale è previsto che "le Pubbliche Amministrazioni misurano e rendono pubblici i tempi effettivi di conclusione dei procedimenti amministrativi di maggiore impatto per i cittadini e per le imprese ...");2. Indicazione nella determina di aggiudicazione dell'eventuale motivazione sullo sfioramento dei termini normativamente previsti e le ragioni connesse al supplemento temporale richiesto per la conclusione della procedura (es. prolungarsi dell'attività della Commissione giustificata dal numero delle offerte pervenute o da altri fattori di complessità sopravvenuti);3. Indicazione nel provvedimento di nomina della commissione giudicatrice della tempistica prospettata ed attesa per la conclusione delle valutazioni della commissione.	

2.6 Accorgimenti tecnici potenzialmente idonei a ridurre le tempistiche di aggiudicazione alla procedura di gara aperta nel caso di appalti complessi.

Di seguito si riportano alcuni suggerimenti pratici che potrebbero consentire alle SA di ridurre le tempistiche per gli affidamenti.

Box	Par. 2.6
<ul style="list-style-type: none">▪ Riduzione del numero dei lotti di gara: evitare la frammentazione eccessiva della procedura in un numero elevato di lotti di gara, al fine di ridurre il numero di potenziali offerte che dovranno essere esaminate.▪ Commissioni giudicatrici:<ul style="list-style-type: none">a) al fine di ridurre i tempi di lavoro per l'esamina delle offerte da parte delle Commissioni giudicatrici, può essere valutata la possibilità di nominare due o più Commissioni (es. doppia Commissione giudicatrice) che lavorino in parallelo su diversi lotti di una medesima gara (ad es. Commissione 1 per la valutazione delle offerte dei lotti 1-2-3 e Commissione 2 per la valutazione delle offerte dei lotti 4-5-6). Tale divisione può essere utilizzata solo nelle gare con lotti merceologici e non con lotti geografici;b) privilegiare, laddove possibile, la nomina di Commissioni composte da 3 membri, al fine di ridurre le tempistiche organizzative per le riunioni in plenaria della Commissione stessa.▪ Modalità di aggiudicazione:<ul style="list-style-type: none">a) Limitare la valutazione della campionatura e l'effettuazione di prove sul campo ai casi strettamente necessari. Nel caso sia ritenuta necessaria, è possibile valutare la campionatura in capo al solo aggiudicatario (tra l'aggiudicazione non efficace e quella efficace);b) Richiesta ai concorrenti di inserire già nell'offerta economica i giustificativi per la congruità dell'offerta; tale previsione non deve comunque essere a pena di esclusione.▪ Sopralluogo in fase di gara: La L.120/2020 prevede che le stazioni appaltanti possano prevedere l'obbligo per l'operatore economico di procedere alla visita dei luoghi (sopralluogo) “[...] <i>esclusivamente laddove detto adempimento sia strettamente indispensabile in ragione della tipologia, del contenuto o della complessità dell'appalto da affidare</i>”. Alla luce della disposizione normativa, occorre indicare nella documentazione di gara le motivazioni sottostanti la previsione di sopralluogo in sede di gara. Al fine di ottimizzare i tempi per l'effettuazione del sopralluogo da parte degli operatori economici, si possono già predefinire, inserendole nel disciplinare di gara, le date in cui i concorrenti potranno, previa comunicazione all'ente, effettuare il sopralluogo.▪ Riduzione delle tempistiche per la ricezione delle offerte: il DL Semplificazioni ha introdotto la riduzione dei termini per la presentazione delle offerte a quindici giorni dalla pubblicazione del Bando, senza l'obbligo in capo alla stazione appaltante di indicarne la motivazione. E' quindi possibile ridurre le tempistiche di ricezione delle offerte definendo un tempo comunque congruo, che tenga conto della complessità richiesta per la predisposizione delle offerte da parte degli operatori economici concorrenti.▪ Inversione procedimentale: ai sensi dell'art. 1, comma 3, della Legge n. 56/2019, come modificato dalla Legge n. 120/2020, fino al 31 dicembre 2021, le stazioni appaltanti potranno applicare l'art. 133, comma 8, del D. Lgs. 50/2016 (inversione procedimentale) anche ai settori ordinari sopra la soglia comunitaria. Tale istituto prevede che le offerte tecniche siano esaminate prima della verifica dell'idoneità amministrativa degli operatori economici. Tale previsione dovrà essere valutata attentamente caso per caso: è fortemente consigliata nelle procedure di gara in cui ci si attende la partecipazione da parte di un elevato numero di operatori economici e laddove è alta la probabilità che i concorrenti partecipino in forme complesse (RTI, Consorzi, ecc.).	

3 PROCEDURE IN DEROGA AI SENSI DELL'ART. 2, COMMA 4 DEL DL SEMPLIFICAZIONI.

Premessa

L'art. 2, comma 4, del D.L. 76/2020, come convertito con la L. n. 120/2020, dispone **che il responsabile del procedimento** di lavori, servizi e forniture pubblici, compresi i relativi servizi di ingegneria e architettura, **di importo pari o superiore alle soglie europee**, rientranti nelle tipologie sotto indicate, **può operare in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale**, fatto salvo:

- le disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159;
- i vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, ivi inclusi quelli derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE, dei principi di cui agli articoli 30, 34 e 42 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e delle disposizioni in materia di subappalto.

Le tipologie di interventi indicati dall'art.2, sono:

a) lavori, servizi e forniture nonché servizi di ingegneria e architettura, inclusa l'attività di progettazione di opere di importo pari o superiore alle soglie europee, casi di estrema urgenza derivanti dagli effetti negativi della crisi causata dalla pandemia da COVID-19 o dal periodo di sospensione delle attività determinato dalle misure di contenimento adottate per fronteggiare la crisi, in cui i termini, anche abbreviati, previsti dalle procedure ordinarie non possono essere rispettati (art. 2, comma 3);

b) lavori servizi e forniture di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo n. 50/2016, anche in caso di singoli operatori economici con sede operativa collocata in aree di preesistente crisi industriale complessa ai sensi dell'articolo 27 del decreto legge 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 134, che, con riferimento a dette aree ed anteriormente alla dichiarazione dello stato di emergenza sanitaria da COVID-19 del 31 gennaio 2020, abbiano stipulato con le pubbliche amministrazioni competenti un accordo di programma ai sensi dell'articolo 252-bis del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 (art. 2, comma 4);

c) interventi nei settori 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, ivi compresi gli interventi inseriti nei contratti di programma ANAS-Mit 2016-2020 e RFI-Mit 2017 - 2021 e relativi aggiornamenti (art. 2, comma 4);

d) interventi funzionali alla realizzazione del Piano nazionale integrato per l'energia e il clima (PNIEC) (art. 2, comma 4);

e) interventi per la messa a norma o in sicurezza degli edifici pubblici destinati ad attività istituzionali, al fine di sostenere le imprese ed i professionisti del comparto edile, anche operanti nell'edilizia specializzata sui beni vincolati dal punto di vista culturale o paesaggistico, nonché di recuperare e valorizzare il patrimonio esistente (art. 2, comma 4);

f) contratti relativi o collegati alle precedenti tipologie (art. 2, comma 4).

Per fornire al responsabile del procedimento indicazioni utili per la realizzazione degli interventi di cui all'art. 2, comma 4 del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, è **opportuno individuare preliminarmente le disposizioni non derogabili**, che vanno quindi sempre e comunque rispettate, e prevedere poi un elenco esemplificativo di disposizioni derogabili utili a coadiuvare il RUP nell'applicazione di tale norma.

3.1. A. Disposizioni non derogabili previste dall'art. 2, commi 3 e 4 del decreto-legge 76/2020

In base alla normativa sopra richiamata, il responsabile del procedimento deve rispettare i seguenti **limiti**:

A.1 il codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159.

A.2 i vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, ivi inclusi quelli derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE.

Ne consegue che **non sono derogabili le norme che disciplinano**:

- le soglie europee;
- la definizione di appalti misti;
- il calcolo del valore degli appalti;
- il divieto di suddivisione artificiosa degli appalti;
- la definizione degli appalti esclusi dalla normativa sui contratti pubblici;
- la suddivisione degli appalti in lotti;
- le specifiche tecniche;
- il termine dilatorio stabilito per la stipula del contratto;
- le modifiche dei contratti in corso di esecuzione (art. 106 del d.lgs. 50/2016);
- i motivi di esclusione (art. 80 del d.lgs. n.50/2016);
- la materia della pubblicità;
- l'ambito di applicazione soggettivo e oggettivo della normativa sui contratti pubblici;
- le tipologie di procedure di affidamento previste dalle direttive comunitarie.

A.3 I principi generali dell'ordinamento sui contratti pubblici di cui all'art. 30 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, per cui l'affidamento e l'esecuzione dei contratti pubblici devono garantire la qualità delle prestazioni e si svolgono nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza; l'affidamento, inoltre, deve rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità.

Le stazioni appaltanti non possono limitare in alcun modo artificialmente la concorrenza allo scopo di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici o, nelle procedure di aggiudicazione delle concessioni, compresa la stima del valore, taluni lavori, forniture o servizi.

I principi sono stati declinati anche nelle Linee guida ANAC n. 4 del 2019, secondo cui, nell'espletamento delle procedure i responsabili del procedimento garantiscono in aderenza:

- ✓ al principio di **economicità**, l'uso ottimale delle risorse da impiegare nello svolgimento della selezione ovvero nell'esecuzione del contratto;
- ✓ al principio di **efficacia**, la congruità dei propri atti rispetto al conseguimento dello scopo e dell'interesse pubblico cui sono preordinati;
- ✓ al principio di **tempestività**, l'esigenza di non dilatare la durata del procedimento di selezione del contraente in assenza di obiettive ragioni;
- ✓ al principio di **correttezza**, una condotta leale ed improntata a buona fede, sia nella fase di affidamento sia in quella di esecuzione;
- ✓ al principio di **libera concorrenza**, l'effettiva contendibilità degli affidamenti da parte dei soggetti potenzialmente interessati;
- ✓ al principio di **non discriminazione** e di parità di trattamento, una valutazione equa ed imparziale dei concorrenti e l'eliminazione di ostacoli o restrizioni nella predisposizione delle offerte e nella loro valutazione;
- ✓ al principio di **trasparenza e pubblicità**, la conoscibilità delle procedure di gara, nonché l'uso di strumenti che consentano un accesso rapido e agevole alle informazioni relative alle procedure;
- ✓ al principio di **proporzionalità**, l'adeguatezza e idoneità dell'azione rispetto alle finalità e all'importo dell'affidamento;
- ✓ al principio di **rotazione degli inviti e degli affidamenti**, il non consolidarsi di rapporti solo con alcune imprese, favorendo la distribuzione delle opportunità degli operatori economici di essere affidatari di un contratto pubblico;

✓ **ai criteri di sostenibilità energetica e ambientale**, la previsione nella documentazione progettuale e di gara dei criteri ambientali minimi adottati con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, tenendo conto di eventuali aggiornamenti;

✓ **al principio di prevenzione e risoluzione dei conflitti di interessi**, l'adozione di adeguate misure di prevenzione e risoluzione dei conflitti di interesse sia nella fase di svolgimento della procedura di gara che nella fase di esecuzione del contratto, assicurando altresì una idonea vigilanza sulle misure adottate, nel rispetto della normativa vigente e in modo coerente con le previsioni del Piano Anticorruzione.

A titolo esemplificativo, l'applicazione dei principi generali comporta:

✓ garantire che la prestazione rappresenti il migliore risultato in termini di qualità e prezzo, non difforme da quello reperibile sul mercato;

✓ la preventiva puntuale individuazione dell'obiettivo da perseguire, la corretta definizione della prestazione richiesta e della migliore professionalità idonea a svolgere la prestazione stessa;

✓ la valutazione da parte del responsabile del procedimento in ordine alla effettiva legittimità di utilizzare procedure più complesse e lunghe nei casi in cui risultino applicabili procedure più snelle;

✓ l'adozione di procedimenti, criteri di scelta e parametri di valutazione predefiniti, conoscibili e possibilmente condivisi;

✓ non aggravare il procedimento, sia per l'amministrazione, sia per l'operatore economico.

A.4 la disciplina sui **CAM** di cui all'art. 34 del codice dei contratti, relativamente e nei limiti delle specifiche tecniche minime ivi stabilite;

A.5 la disciplina sui **conflitti di interesse** di cui all'art. 42 del codice dei contratti e il Piano anticorruzione vigente;

A.6 la disciplina vigente sul **subappalto**.

3.2. B. Disposizioni non derogabili in quanto previste espressamente dall'art. 2 del D.L. 76/2020

L'art. 2, comma 4, del D.L. 76/2020 dispone che, *“per quanto non espressamente disciplinato dal presente articolo, le stazioni appaltanti, per l'affidamento delle attività di esecuzione di lavori, servizi e forniture nonché dei servizi di ingegneria e architettura, inclusa l'attività di progettazione, e per l'esecuzione dei relativi contratti, operano in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale (...)”*.

Dal tenore letterale della norma, ed in particolare **dall'inciso “per quanto non espressamente disciplinato dal presente articolo”, si ricava che le stesse disposizioni dell'art. 2 del decreto semplificazioni non siano derogabili**. Costituiscono, quindi, un ulteriore limite alle deroghe ammesse. Ne deriva che:

B.1. per l'affidamento delle attività di esecuzione di lavori, servizi e forniture nonché dei servizi di ingegneria e architettura, inclusa l'attività di progettazione, di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza europea, essere utilizzate la procedura aperta, la procedura ristretta o, previa motivazione sulla sussistenza dei presupposti previsti dalla legge, la procedura competitiva con negoziazione di cui agli articoli 61 e 62 del decreto legislativo n. 50/2016 o il dialogo competitivo di cui all'articolo 64 del decreto legislativo n. 50/2016, per i settori ordinari, e di cui agli articoli 123 e 124, per i settori speciali;

B.2. l'utilizzo della procedura negoziata senza pubblicazione del bando è possibile solo se sussistono i presupposti previsti dall'art. 63 e dall'art. 125 del codice dei contratti; al ricorrere delle ipotesi di cui all'art. 2, comma 3 (casi di estrema urgenza connessi alla pandemia da COVID-19) *“la procedura negoziata dovrà essere preceduta dalla pubblicazione dell'avviso di indizione della gara o di altro atto equivalente, nel rispetto di un criterio di rotazione;*

B.3. l'aggiudicazione o l'individuazione definitiva del contraente deve avvenire sempre entro il termine di sei mesi dalla data di pubblicazione del bando o dalla data di invio della lettera di invito, fatte salve le ipotesi in cui la procedura sia sospesa per effetto di provvedimenti dell'autorità giudiziaria.

3.3 C. Ulteriori disposizioni non derogabili

- C.1.** non è derogabile il principio per cui non sono ammesse offerte in aumento rispetto al costo complessivo stimato dall'amministrazione aggiudicatrice;
- C.2.** non sono derogabili le norme tecniche sulle costruzioni;
- C.3.** non è derogabile la competenza degli organi;
- C.4.** non sono derogabili le norme sulla tutela dei lavoratori, di cui agli artt. 30, comma 4 e art. 50 del codice dei contratti.

3.4. D. Disposizioni di accelerazione in deroga utilizzabili

A prescindere dal potere di deroga previsto dall'art. 2, commi 3 e 4 del D.L. 76/2020 e in virtù anche delle disposizioni emergenziali previste dal medesimo decreto, il responsabile del procedimento, in ogni caso:

- D.1.** applica le disposizioni per la semplificazione e l'accelerazione delle procedure di affidamento previste dal D.L. 76/2020, artt. 4 e 8;
- D.2.** applica le riduzioni dei termini delle procedure di affidamento previste dalla normativa, senza motivare le ragioni di urgenza, che si considerano comunque sussistenti;
- D.3.** prevede, a pena di esclusione dalla procedura, l'obbligo per l'operatore economico di procedere alla visita dei luoghi, nonché alla consultazione sul posto dei documenti di gara e relativi allegati esclusivamente laddove detto adempimento sia strettamente indispensabile in ragione della tipologia, del contenuto o della complessità dell'appalto da affidare;
- D.4.** il responsabile del procedimento può procedere alla consegna dei lavori in via di urgenza e, nel caso di servizi e forniture, l'esecuzione del contratto in via d'urgenza, nelle more della verifica dei requisiti di cui all'articolo 80 del decreto legislativo n. 50/2016, nonché dei requisiti di qualificazione previsti per la partecipazione alla procedura.

3.5. E. Ulteriori Indicazioni operative, esemplificative e non esaustive, al responsabile del procedimento

Si forniscono di seguito alcune indicazioni operative per il responsabile del procedimento.

- E.1.** Il responsabile del procedimento può avviare la procedura di affidamento di un lavoro, servizio o fornitura, di importo pari o superiore alle soglie europee, compresi i relativi servizi di ingegneria e architettura, anche in assenza di un atto di programmazione, fatto salvo che, successivamente si provveda all'aggiornamento degli atti di programmazione;
- E.2.** può non nominare la commissione tecnica quando gli elementi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa sono esclusivamente di natura quantitativa o tabellare (cd. Metodo *on/off*);
- E.3.** può non svolgere sedute pubbliche di gara in presenza se le procedure di gara sono svolte con sistemi elettronici che consentano lo svolgimento di sedute virtuali;
- E.4.** può stabilire nella determinazione a contrarre se il contratto ha per oggetto:
 - a) la sola esecuzione;
 - b) la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori sulla base del progetto definitivo dell'amministrazione aggiudicatrice;
 - c) la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori sulla base del progetto preliminare dell'amministrazione aggiudicatrice.

In tali casi, ai fini della stipula del contratto o ai fini dell'approvazione del progetto esecutivo nel caso in cui il contratto abbia ad oggetto congiuntamente la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei relativi lavori, l'aggiudicatario deve produrre all'amministrazione il piano operativo di sicurezza e il programma dei lavori, redatto in conformità all'eventuale cronoprogramma e al piano delle misure di sicurezza e coordinamento.

E.5. il responsabile del procedimento può consentire la costituzione della garanzia definitiva, anche successivamente alla stipulazione del contratto, purché entro il termine di liquidazione del primo pagamento;

E.6. il responsabile del procedimento può stabilire termini ridotti nelle procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture di importo pari o superiore alle soglie europee, compresi i relativi servizi di ingegneria e architettura, purché rispondenti al principio di proporzionalità;

E.7. il responsabile del procedimento può disporre l'incarico tecnico ad operatori economici esterni senza la preventiva ricognizione interna, in caso di assenza o insufficienza di personale interno in possesso dei requisiti necessari all'espletamento dell'incarico e dell'incremento delle esigenze di natura tecnico - progettuale derivanti dalle esigenze emergenziali;

E.8. in materia di conferenza dei servizi il responsabile del procedimento utilizza i termini di cui all'art. 13 della L. 120/2020;

E.9. il responsabile del procedimento può nominare il collegio consultivo tecnico se ritenuto opportuno;

E.10. il responsabile del procedimento può approvare il progetto dell'opera derogando alla validazione, ai sensi dell'art. 26, comma 8;

E.11. il responsabile del procedimento deve avvalersi degli ulteriori strumenti di accelerazione e semplificazione previsti dall'ordinamento statale sui contratti pubblici.

4 GLI ADEMPIMENTI IN MATERIA DI TRASPARENZA

4.1 Aspetti generali

L'art. 1, comma 2, lett. a) del D.L. 76/2020 così come convertito dalla legge n. 120/2020 ha innalzato le soglie per procedere all'affidamento diretto "puro"⁷.

Ai fini dell'assolvimento dell'obbligo di trasparenza, si ritiene sufficiente la pubblicazione della determina a contrarre ex art. 32, comma 2, sul profilo del committente e su "servizio contratti pubblici"⁸ del MIT.

4.2 Avvisi per le procedure negoziate – inquadramento giuridico

Con riferimento alle procedure negoziate di cui all'art. 1, comma 2, lett. b) si forniscono le seguenti indicazioni.

Preliminarmente, è necessario chiarire l'oggetto dell'approfondimento, ossia l'**avviso di avvio di procedura negoziata**. Si tratta di una "comunicazione" ai fini della trasparenza, da non confondere con l'avvio della procedura.

Da una prima lettura delle disposizioni che introducono la previsione "di un avviso di avvio" delle procedure negoziate può sembrare che la sua natura sia riconducibile all'applicazione del principio di pubblicità. Tuttavia, analizzando le fasi che caratterizzano la procedura negoziata di cui si discute, si riscontrano, già nella disciplina ordinaria, delle pubblicazioni aventi la stessa natura e finalità. Ne conseguirebbe, quindi, che questo avviso dovrebbe considerarsi un duplicato rispetto agli avvisi già previsti dalla normativa vigente per le indagini di mercato o per la formazione degli elenchi di OE (sul punto vedasi le Linee guida n. 4 di ANAC). Si ritiene, quindi che detta interpretazione debba essere scartata in quanto porterebbe a concludere che la norma è priva di quella portata innovatrice che contraddistingue le fonti normative.

Per superare questa criticità sono stati quindi analizzati i documenti che hanno accompagnato l'iter parlamentare della legge di conversione del DL 76/2020 nonché alcuni tra i principali contributi dei soggetti sentiti in audizione. Il risultato dell'indagine porta in evidenza, da una parte, che l'emendamento passato al Senato, che introduce appunto l'obbligo di pubblicare questo avviso, è finalizzato alla pubblicazione di informazioni riguardanti le (avviate) procedure negoziate, dall'evidente **natura di atto di trasparenza** (si veda la Relazione della Camera), dall'altra che la richiesta di emendamento proviene da associazioni di categoria che chiedevano di integrare la previsione delle procedure negoziate: (a) con un avviso da pubblicare con la finalità di informare il mercato dell'opportunità di partecipazione; (b) con la possibilità – *già peraltro prevista nell'articolo 48, comma 11* – per gli operatori economici di partecipare anche in forma di raggruppamenti temporanei di cui all'articolo 3, comma 1, lettera u), del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (nuovo art. 2 bis). La finalità dichiarata in questa seconda risultanza è quella di garantire maggiore concorrenza e rotazione degli inviti e una maggiore apertura al mercato anche attraverso la presentazione delle offerte in raggruppamento temporaneo. Tuttavia, non si può non sottolineare che il perseguimento di queste finalità è già garantito, come detto, dagli strumenti esistenti (avviso di indagine di mercato e avviso di formazione degli elenchi di OE; facoltà riconosciuta ad un OE di presentare offerta o di trattare per sé o quale mandatario di operatori riuniti). Non può, quindi, ipotizzarsi una maggiore apertura al mercato diversa da quella prevista e non si può (anzi non si deve) pensare ad un avviso che sia prodromico alla richiesta di conoscere, una volta pubblicato l'avviso e nelle more della scadenza dei termini per la presentazione delle offerte da parte dei soggetti invitati

⁷ Per tali affidamenti si rinvia al paragrafo 1.

⁸ www.serviziopubblici.it/SPInApp/it/homepage.page

alla procedura negoziata, l'elenco degli OE invitati. E' noto infatti che la divulgazione dell'elenco degli OE prima della scadenza citata è vietato dall'articolo 53, comma 2, lett. b), del Codice che, nel successivo comma 4, stabilisce anche una responsabilità penale per la violazione di questo precetto.

Tra le due risultanze sopra evidenziate solo la prima, quindi, attribuisce alla norma quel carattere innovatore che la fa distinguere dalle norme esistenti ovvero le attribuisce la natura **di atto di trasparenza che consente al cittadino quel controllo sull'agire della pubblica amministrazione corollario della "buona amministrazione"**. Poi, volendo estendere il ragionamento in considerazione dell'oggetto dell'avviso ("avvio della procedura negoziata"), la trasparenza potrebbe essere in questo caso funzionale al rispetto dei termini di conclusione del procedimento, particolarmente brevi nell'impianto delineato dal DL 76/2020.

Tipologia pubblicazione	Oggetto pubblicazione	Procedura da pubblicizzare	Previsione di pubblicazione	Note	Codice contratti
Avviso	Avvio di procedura negoziata	Procedura negoziata ex art.1 co. 2, lett. b) DL 76/2020. Procedura negoziata ex art. 2, co. 3 dl 76/2020	Art.1, co. 2, lett. b), penultimo periodo DL 76/2020. Art. 2, co. 3, dl 76/2020	Obbligatorio sempre	Nessuna previsione di pubblicizzare l'avvio della procedura negoziata ex art. 63

4.3 Indicazioni operative

Si riportano di seguito indicazioni operative in ordine al contenuto dell'avviso oggetto della disamina, ai tempi della pubblicazione ed al "luogo" in cui lo stesso dovrà essere pubblicato.

Cosa contiene?

Si ritiene che l'avviso debba contenere sotto forma documentale quelle "informazioni sulle singole procedure" richieste in materia di trasparenza dall'articolo 32, della legge 190/2012 con l'aggiunta di alcune informazioni ulteriori in linea con la *ratio* della norma, quali l'indicazione delle modalità e dei criteri di scelta dei soggetti invitati.

Di seguito l'elenco delle informazioni da inserire nell'avviso:

- CIG
- STRUTTURA PROPONENTE
- OGGETTO
- PROCEDURA DI SCELTA DEL CONTRAENTE
- PROVVEDIMENTO EX ART. 32, CODICE CONTRATTI
- DATA DI INVIO DELLE LETTERE DI INVITO
- MODALITA' E CRITERI DI SCELTA DEI SOGGETTI INVITATI

Quando va pubblicato?

L'avviso va pubblicato **dopo l'invio delle lettere di invito**, atto che dà avvio alle procedure negoziate.

Dove va pubblicato?

Per rispettare il principio di economicità, stante la temporaneità della disciplina in argomento, le stazioni appaltanti devono adempiere a questo ulteriore obbligo di pubblicazione senza compiere ulteriori investimenti infrastrutturali. **Per questo motivo sembra pacifico che ciascuna stazione appaltante sarà tenuta a pubblicare nei "luoghi" e con le modalità già individuati e già in uso per il rispetto degli obblighi di trasparenza.**

4.4 Avvisi sui risultati della procedura negoziata - Inquadramento giuridico

A. Questo adempimento è lo stesso già previsto dall'articolo 36, co. 2, del Codice, quindi non c'è nulla da aggiungere rispetto all'inquadramento già noto alle stazioni appaltanti. Appare utile precisare che nonostante non sia obbligatorio pubblicare questo avviso per gli affidamenti diretti infra 40.000,00 euro, **restano anche per questa tipologia di affidamento gli obblighi previsti dalla disciplina sulla trasparenza (art. 1, co. 32, l. 190/2012; art. 23, co. 1 e art. 37, co. 1 dlgs. 33/2013; art. 29, co. 1, Codice).**

B. Questo adempimento non aggiunge nulla rispetto a quanto già previsto dall'articolo 29 del Codice e dalle disposizioni in materia di pubblicità e trasparenza (L. 190/2012; dlgs. 33/2013), quindi non c'è nulla da aggiungere rispetto all'inquadramento già noto alle stazioni appaltanti.

Tipologia pubblicazione	Oggetto pubblicazione	Procedura da pubblicizzare	Previsione di pubblicazione	Note	Codice contratti
A. Avviso	Risultati della procedura di affidamento con indicazione dei soggetti invitati ^[1]	Art. 1, co. 2, lett. a) e b) DL 76/2020	Art. 1, co. 2, lett. b), DL 76/2020	<p>Facoltativo per: affidamento diretto <40.000€ ex art. 1, co. 2, lett. a) DL 76/2020</p> <p>Obbligatorio per: Affidamento diretto per Servizi e forniture >40.000 <75.000 per lavori >40.000 <150.000 Ex art. 1, co. 2, lett. a) DL 76/2020;</p> <p>procedura negoziata per Servizi e forniture >75.000<soglia europa; per lavori >150.000<soglia europa Ex art. 1, co. 2, lett. B) dl 76/2020</p>	Previsione avente ad oggetto tutte le procedure ad esclusione dell'affidamento diretto (<40.000,00€) ex art. 36, co. 2, lett. A)
B. Doc.	Atti adottati ai sensi dell'art. 2 e atti indicati nell'art. 29 del Codice	Art. 2	Art. 2, co. 6, dl 76/2020		Previsione contenuta nell'art. 29

*delibera Anac n.39 del 20 gennaio 2016.

4.5 Indicazioni operative

Cosa contiene?

I contenuti sono quelli previsti dall'ANAC nella delibera n. 1310 del 28 dicembre 2016 (Prime linee guida recanti indicazioni sull'attuazione degli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni contenute nel d.lgs. 33/2013 come modificato dal d.lgs. 97/2016).

Quando va pubblicato?

Le tempistiche sono quelle previste dall'ANAC nella delibera n. 1310 del 28 dicembre 2016 (Prime linee guida recanti indicazioni sull'attuazione degli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni contenute nel d.lgs. 33/2013 come modificato dal d.lgs. 97/2016).

Dove va pubblicato?

Per rispettare il principio di economicità, stante la temporaneità della disciplina in argomento, le stazioni appaltanti devono adempiere a questo ulteriore obbligo di pubblicazione senza compiere ulteriori investimenti infrastrutturali. Per questo motivo sembra pacifico che ciascuna stazione appaltante sarà tenuta a pubblicare nei “luoghi” e con le modalità già individuati e in uso per il rispetto degli obblighi di pubblicità e trasparenza.

5. REGOLARITÀ FISCALE E CONTRIBUTIVA DEGLI OPERATORI ECONOMICI AI FINI DELLA PARTECIPAZIONE ALLE PROCEDURE D'APPALTO

Il Decreto semplificazioni ha inciso anche sul profilo della regolarità fiscale e contributiva degli operatori economici ai fini della partecipazione alle procedure d'appalto.

L'art. 8, comma 5, lett. b) del D.L. n. 76/2020, come convertito dalla legge n. 120 /2020, modifica il comma 4 dell'art. 80 del Codice dei contratti, sostituendo il quinto periodo della disposizione. Si riporta di seguito il testo attuale della norma.

“4. Un operatore economico è escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti. Costituiscono gravi violazioni quelle che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all'importo di cui all'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis, del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602. Costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione. Costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostantive al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), di cui al all'articolo 8 del decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 30 gennaio 2015, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 125 del 1° giugno 2015, ovvero delle certificazioni rilasciate dagli enti previdenziali di riferimento non aderenti al sistema dello sportello unico previdenziale. Un operatore economico può essere escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se la stazione appaltante è a conoscenza e può adeguatamente dimostrare che lo stesso non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali non definitivamente accertati qualora tale mancato pagamento costituisca una grave violazione ai sensi rispettivamente del secondo o del quarto periodo. Il presente comma non si applica quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe, ovvero quando il debito tributario o previdenziale sia comunque integralmente estinto, purché l'estinzione, il pagamento o l'impegno si siano perfezionati anteriormente alla scadenza del termine per la presentazione delle domande”.

Il legislatore dunque se, da un lato, ha confermato la fattispecie dell'esclusione (automatica) dalla procedura di gara in presenza di inadempimenti fiscali o contributivi gravi e accertati in modo definitivo, dall'altro, per effetto della modifica, ha previsto in via aggiuntiva la possibilità (prima preclusa) che l'operatore economico sia escluso da una gara anche a fronte di violazioni conosciute dall'amministrazione ma non ancora definitive, pur sul presupposto della gravità di tali violazioni nei termini specificati dalla stessa norma. Mentre il presupposto della gravità è definito dunque in maniera vincolante, natura indefinita ha invece l'altro presupposto legittimante l'esclusione, ossia il fatto che la stazione appaltante sia a conoscenza e possa adeguatamente dimostrare la non ottemperanza da parte dell'operatore economico agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali.

La *ratio* di tale disposizione sembra rinvenirsi nell'esigenza di adeguare la normativa italiana al diritto europeo ed in particolare a quanto previsto dall'art. 57, paragrafo 2 della direttiva 2014/24/UE, a fronte dei rilievi della stessa Commissione europea. Non a caso, infatti, la disposizione normativa in esame anticipa la Legge europea 2019-20, che proponeva la stessa modifica.

Se pertanto, per effetto del decreto Semplificazioni e legge di conversione, la Stazione Appaltante non deve più attendere l'accertamento definitivo della violazione in presenza di situazioni chiare, dall'altro lato la più ampia discrezionalità che le viene riconosciuta comporta non poche problematiche, fondamentalmente per il rischio di sovrapposizioni tra il giudizio della S.A. e quello della magistratura. Esemplificando, potrebbe verificarsi il caso in cui un operatore escluso possa poi risultare vittorioso in appello o in Cassazione e ciò anche in considerazione degli accertamenti spesso induttivi dell'Agenzia delle Entrate oppure per un contrasto interpretativo delle norme tributarie poi risolto a favore del contribuente.

Di fatto, inoltre, tale nuova disposizione potrebbe spingere il contribuente a chiedere la rateizzazione ed iniziare a pagare il debito nonostante il giudizio pendente o addirittura ottenere un provvedimento di sospensione della cartella da parte del giudice tributario. Potrebbe, inoltre, vanificare l'efficacia dell'istituto del ravvedimento operoso da parte degli aspiranti concorrenti ad una gara d'appalto.

E' stata, infatti, confermata l'esimente già prevista dalla precedente versione dell'art. 80, comma 4, che viene solo specificata: in base alla nuova disciplina, è salvo dall'esclusione l'operatore economico che abbia non solo ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe, ma anche colui per il quale il debito tributario o previdenziale sia stato comunque integralmente estinto a condizione che l'estinzione, il pagamento o l'impegno si siano perfezionati (oggi formalizzati) anteriormente alla scadenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione (art. 80, comma 4, nuovo sesto e ultimo periodo).

5.1 Profili operativi

Con la suddetta modifica apportata dal Decreto semplificazioni all'art. 80 del Codice dei contratti pubblici sussiste in capo alla stazione appaltante un potere di apprezzamento discrezionale in ordine alla violazione degli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali non definitivamente accertate e tale discrezionalità potrà essere esercitata in due momenti distinti:

- 1) In fase di verifica della documentazione amministrativa prodotta degli operatori economici partecipanti alla gara;
- 2) In fase di verifica sul possesso dei requisiti generali e di moralità professionale in capo all'aggiudicatario.

In sede di partecipazione alla gara ciascun operatore economico è chiamato a rendere le dichiarazioni in merito al rispetto degli obblighi relativi al pagamento di imposte, tasse e contributi previdenziali nella parte III sez. B del DGUE. E' proprio sulla base di tali dichiarazioni che la stazione appaltante, in caso di dichiarate irregolarità gravi ai sensi del comma 4 secondo e quarto periodo dell'art. 80 del codice, non definitive e per le quali non abbia ottemperato ai sensi dell'ultimo periodo del sopracitato comma 4, che dovrà valutare la possibilità di escludere o ammettere l'operatore economico alle successive fasi di gara.

La medesima valutazione dovrà essere fatta in sede di verifica sul possesso dei requisiti di carattere generale e di moralità professionale richiesti per la partecipazione alla gara in capo all'operatore economico risultato aggiudicatario. In questo caso deve trattarsi di inadempienze sopravvenute alla data di scadenza prevista dal bando per la partecipazione alla gara, quindi emerse o accertate nel periodo di espletamento della gara, di cui la stazione appaltante è venuta a conoscenza e può adeguatamente dimostrare.

Al fine di agevolare l'attività della Stazione appaltante nelle suddette fasi si suggerisce di introdurre un'integrazione della documentazione di gara, dando risalto nel disciplinare all'introduzione per effetto della Legge Semplificazioni della nuova causa di esclusione e prevedendo eventuali nuovi obblighi dichiarativi per il concorrente, da rendersi nelle c.d. dichiarazioni integrative, chiedendo sostanzialmente all'operatore di circostanziare la propria posizione rispetto al fisco.

Il tema è infatti se la Stazione Appaltante, ai fini della comminatoria dell'esclusione, debba limitarsi alle evidenze di cui la stessa disponga (ed in tal senso possono essere utili le dichiarazioni integrative fornite) o se invece debba svolgere supplementi istruttori al fine di svolgere accertamenti che si ritiene appartengano ad altre sfere di competenza.

Si consiglia pertanto di richiedere agli operatori economici che, per qualche motivo, non risultino in regola con gli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, che rendano, in sede di partecipazione alla gara, le sottoelencate dichiarazioni, solo in caso di avvenuto l'accertamento del debito, che indichino:

- l'importo e la natura del debito (imposte/tasse/contributi);
- l'autorità/amministrazione titolare del credito;

- (in caso di impugnazione dell'accertamento del debito) tipologia di impugnazione ed autorità nei cui confronti il provvedimento è stato impugnato e in quale data (il giudizio è pendente);
- in caso di pronuncia da parte dell'autorità competente indicare gli estremi del giudizio;
- se è stata richiesta e/o è stata concessa la rateizzazione del debito.

L'esclusione dalla gara potrà essere disposta all'esito di un procedimento in contraddittorio con l'operatore economico qualora sussistano evidenze circa l'inottemperanza agli obblighi di natura fiscale e/o contributiva in sede di partecipazione alla gara, ovvero, nei confronti del quale l'inottemperanza sia emersa in fase di verifica sul possesso dei requisiti di partecipazione.

A seguito del contraddittorio l'esclusione potrà essere disposta **soltanto nell'ipotesi in cui si tratti di gravi inadempienze, ai sensi dell'art. 80 comma 4 del D.Lgs. n. 50/2016 e la stazione appaltante sia in grado di dimostrarle adeguatamente.**

In concreto, non esistono fattispecie tipiche, diverse da quelle previste dalla norma, che dovrebbero portare la stazione appaltante ad escludere un operatore economico risultato non in regola con gli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse e/o contributi.

Pertanto, rientra nella discrezionalità della stazione appaltante valutare ciascun caso concreto.

L'eventuale esclusione comporta inoltre per la Stazione Appaltante un accresciuto onere motivazionale.

Da ultimo, occorre segnalare che il Sistema AVCPass di ANAC deve essere necessariamente aggiornato, consentendo che la richiesta di comprova all'Agenzia delle Entrate competente, riguardi tanto le violazioni definitivamente accertate che le violazioni non definitivamente accertate così che le stazioni appaltanti abbiano tutte le informazioni richieste dall'art. 80, comma 4, come convertito dalla L. 120/2020. In ogni caso, le varie Direzioni territoriali dell'Agenzia delle Entrate non potranno limitarsi a comunicare le violazioni definitivamente accertate, ma avranno l'onere di inserire anche quelle non definitivamente pendenti.

Box Riepilogativo

Par. 5

Al fine di agevolare l'attività della stazione appaltante nella valutazione prevista nel novellato art. 80, comma 4 del Codice si suggerisce di introdurre un'integrazione della documentazione di gara, dando risalto nel disciplinare all'introduzione per effetto della Legge Semplificazioni della nuova causa di esclusione e prevedendo eventuali nuovi obblighi dichiarativi per il concorrente, da rendersi nelle c.d. dichiarazioni integrative, chiedendo sostanzialmente all'operatore di circostanziare la propria posizione rispetto al fisco. Sarà opportuno che le stazioni appaltanti, in fase di verifica sul possesso dei requisiti di partecipazione in capo all'aggiudicatario, facciano un controllo all'Agenzia delle entrate e agli Enti previdenziali competenti, sia sulle violazioni in merito al pagamento delle imposte, tasse e contributi definitivamente accertate, sia su quelle pendenti.