

D.L. SEMPLIFICAZIONI (n. 76/2020) DOPO LA CONVERSIONE IN LEGGE NOVITÀ IN TEMA DI APPALTI PUBBLICI

Il decreto-legge c.d. *semplificazioni* (decreto legge n. 76/2020), convertito in legge il 10/09/2020, in attesa di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, prevede una serie di rilevanti novità in tema di appalti pubblici.

A seguito della conversione in legge, la struttura dell'impianto normativo è rimasta invariata, ma sono state apportate diverse modifiche alle singole previsioni¹. Pertanto, di seguito, si procede ad aggiornare il documento redatto il 15.07.2020 sulla base del d.l. semplificazioni non ancora convertito in legge.

PARTE PRIMA: REGIME TRANSITORIO VALIDO FINO AL 31 DICEMBRE 2021

Con il d.l. semplificazioni erano state introdotte alcune misure transitorie aventi efficacia fino al 31 luglio 2021. **Con la conversione in legge del decreto, la durata del regime transitorio è stata estesa fino al 31 dicembre 2021.**

- **Per i contratti sotto-soglia, la disciplina transitoria prevede la possibilità di procedere:**

a) con affidamento diretto per:

1. appalti di lavori di importo inferiore a € 150.000;
2. **appalti di servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore a € 75.000;**

b) - con procedura negoziata senza bando, con consultazione di almeno 5 operatori economici, per:

1. appalti di lavori di importo superiore a € 150.000 € e inferiore a € 350.000 e
2. **appalti di servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo pari o superiore a € 75.000 e fino alle soglie di cui all'art. 36 del d.lgs. 50/2016 ("Codice");**

- con procedura negoziata senza bando, con consultazione di almeno 10 operatori economici, per l'affidamento di appalti di lavori di importo superiore a € 350.000 ed inferiore ad € 1.000.000;

- procedura negoziata senza bando, con consultazione di almeno 15 operatori economici, per appalti di lavori di importo superiore ad € 1.000.000 e fino al raggiungimento delle soglie di cui all'art. 35 del Codice.²

¹ Al fine di rendere più semplice la lettura del presente *position paper*, le novità apportate in sede di conversione sono evidenziate tramite l'utilizzo del **grassetto**.

² € 5.225.000

Limitatamente alle ipotesi di cui alla lett. b), le stazioni appaltanti danno evidenza (i) dell'avvio della procedura negoziata e (ii) dell'avvenuto affidamento con avviso pubblicato sul proprio sito internet precisando, in quest'ultimo, i nominativi dei soggetti invitati.

Offerte
anomale

Per la valutazione delle offerte, la stazione appaltante può utilizzare, a propria discrezione, il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa o quello del prezzo più basso, **fatti salvi i casi previsti dall'art. 95, comma 3, del Codice.**³ Qualora venga adottato il criterio del prezzo più basso, è prevista l'esclusione automatica dell'operatore economico che ha offerto un ribasso percentuale pari o superiore alla soglia di anomalia prevista dall'articolo 97, commi 2, 2-bis e 2-ter del Codice.

Garanzie
provvisorie

Sempre limitatamente ai casi sopra descritti, non sono richieste le garanzie provvisorie di cui all'articolo 93 del Codice *“salvo che, in considerazione della tipologia e specificità della singola procedura, ricorrano particolari esigenze che giustifichino tale richiesta, che la stazione appaltante indica nell'avviso di indizione della gara o in altro atto equivalente. Nel caso in cui sia richiesta la garanzia provvisoria, il relativo ammontare è dimezzato rispetto a quello previsto dal medesimo articolo 93.”*⁴

Termini
acceleratori

Nel caso di affidamenti diretti, il decreto prevede che l'aggiudicazione debba intervenire entro due mesi dall'avvio della procedura. Nel caso di procedure negoziate senza bando, invece, il termine è esteso a quattro mesi. Il mancato rispetto dei citati termini, la mancata tempestiva stipulazione del contratto e il tardivo avvio dell'esecuzione:

- 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.

*

Affidamenti
sopra soglia

- **Per le gare di importo superiore alle soglie comunitarie, la disciplina transitoria prevede:**

“Per ragioni di estrema urgenza derivanti dagli effetti negativi della crisi causata dalla pandemia” le stazioni appaltanti possono fare ricorso alle procedure d'urgenza di cui all'articolo 63 del Codice (o, all'articolo 125 per i settori speciali).

Dopo le modifiche, apportate dal Parlamento in sede di conversione, le procedure d'urgenza possono essere utilizzate altresì “per l'affidamento delle attività di esecuzione

³ Sono aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo:

a) i contratti relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché ai servizi ad alta intensità di manodopera, come definiti all'articolo 50, comma 1, fatti salvi gli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a);

b) i contratti relativi all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e degli altri servizi di natura tecnica e intellettuale di importo pari o superiore a 40.000 euro;

b-bis) i contratti di servizi e le forniture di importo pari o superiore a 40.000 euro caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo.

⁴ Articolo 1 del decreto

di lavori, servizi e forniture di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo n. 50 del 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".

*

Nei settori ritenuti strategici per la ripresa (*i.e.* edilizia scolastica; edilizia universitaria; edilizia carceraria; trasporti e delle infrastrutture stradali, ferroviarie e idriche; interventi funzionali alla transizione energetica), si può procedere operando *"in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea e dei principi di cui agli articoli 30, 34 e 42 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50"*. **Dopo le modifiche apportate dal Parlamento, la disposizione è applicabile anche a tutti gli interventi per la messa a norma o in sicurezza degli edifici pubblici destinati a fini istituzionali.**

*

Per le gare aventi ad oggetto servizi di pulizia e lavanderia in ambito sanitario o ospedaliero, nel caso in cui l'adeguamento alle misure di contenimento e contrasto all'emergenza COVID-19 determini un incremento di spesa superiore al 20% del prezzo indicato nel bando di gara o nella lettera di invito, le stazioni appaltanti possono:

- i) revocare l'aggiudicazione effettuata in data antecedente al 31 gennaio 2020. La disposizione può essere applicata solo se le parti non hanno ancora stipulato il contratto e se l'aggiudicatario non si sia già avvalso della facoltà di cui all'articolo 32, comma 8, del Codice. La revoca - *ex art. 21-quinquies* della L. 241/90 - deve essere comunicata entro 30 giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione;**
- ii) risolvere, ai sensi dell'art. 108 del Codice, i contratti in corso di esecuzione alla data del 31 gennaio 2020 e ancora efficaci alla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto. La risoluzione del contratto deve essere dichiarata dalla stazione appaltante entro 30 giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione.**

Fuori dalle ipotesi sopra elencate, resta ferma la possibilità, per le stazioni appaltanti, di procedere alla modifica dei contratti in corso di efficacia nei limiti e secondo le modalità previste dall'art. 106 del Codice.

*

Inoltre, si segnala che, per le gare pendenti e fino al 31 Dicembre 2021:

Appalti nei
settori
"strategici"

Servizi di
pulizia e
lavanderia
in ambito
sanitario e
ospedaliero

Altre
disposizioni
transitorie

i) è sempre autorizzata la consegna in via d'urgenza, **nelle more della verifica dei requisiti di cui all'articolo 80 del codice dei contratti pubblici, nonché dei requisiti di qualificazione previsti per la partecipazione alla procedura;**

ii) le leggi di gara possono prevedere l'obbligo di procedere al sopralluogo e alla consultazione sul posto dei documenti solo se strettamente indispensabile;

iii) la riduzione dei termini delle procedure ordinarie è ammessa senza necessità di una specifica motivazione;

iv) le procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture possono essere avviate anche in mancanza di una specifica previsione nei documenti di programmazione a condizione che questi vengano aggiornati entro 30 giorni dalla data di **entrata in vigore della legge di conversione.**

*

Collegio
Consultivo
tecnico

Fino al 31 Dicembre 2021, per gli appalti di lavori di valore superiore alle soglie comunitarie, le stazioni appaltanti sono obbligate a costituire un "Collegio consultivo tecnico" ("**Collegio**") prima dell'avvio dell'esecuzione o, comunque, non oltre dieci giorni da tale data.

Il Collegio decide in merito ai provvedimenti di sospensione e prosecuzione delle procedure e assiste le parti per la rapida risoluzione delle controversie o delle dispute tecniche di ogni natura che insorgono nel corso dell'esecuzione del contratto.

Quanto prescritto dal Collegio con i propri atti viene valutato ai fini della responsabilità del soggetto agente per danno erariale e il mancato rispetto degli stessi "*costituisce, salvo prova contraria, grave inadempimento degli obblighi contrattuali*" (la responsabilità per danno erariale è esclusa se il soggetto agente ha osservato le determinazioni del collegio). Inoltre, le determinazioni del collegio sono equiparate ai lodi contrattuali di cui all'art. 808-ter c.p.c. (a meno che le parti, espressamente e in forma scritta, non decidano diversamente)⁵.

*

Sospensione
dei lavori

Il decreto, inoltre, riduce la possibilità per la stazione appaltante di sospendere l'esecuzione dei lavori pubblici sopra soglia. **Fino al 31 Dicembre 2021**, la sospensione potrà essere disposta solo per i casi previsti dalla normativa penale e da quella antimafia, per vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione Europea, per gravi ragioni di ordine pubblico, di ordine tecnico o di pubblico interesse⁶. I provvedimenti di sospensione devono essere adottati dal RUP con il coinvolgimento del Collegio consultivo tecnico.

Nei soli casi in cui venga verificata l'incompatibilità tra la causa di sospensione e la prosecuzione di lavori, stazione appaltante e Collegio, dopo aver dichiarato senza indugio la risoluzione del contratto (che opera di diritto) potranno scegliere di procedere: (i)

⁵ Articolo 6 del decreto

⁶ si noti che "*le parti non possono invocare l'inadempimento della controparte o di altri soggetti per sospendere l'esecuzione dei lavori di realizzazione dell'opera ovvero le prestazioni connesse alla tempestiva realizzazione dell'opera*"

all'esecuzione in via diretta dell'opera; (ii) all'interpello; (iii) all'indizione di una nuova gara o (iv) a proporre alle autorità competenti la nomina di un commissario straordinario⁷.

*

Nelle procedure per le quali il termine per la presentazione delle offerte è scaduto prima del 22 febbraio 2020, le stazioni appaltanti devono procedere all'aggiudicazione entro il 31 Dicembre 2020. Nello stesso termine, le stazioni appaltanti, nei limiti delle risorse disponibili, devono procedere all'aggiudicazione degli appalti basati sugli accordi quadro eventualmente sottoscritti.

*

Per quanto concerne i lavori già in corso di esecuzione, l'articolo 8 del decreto prevede che, anche in deroga a specifiche disposizioni contrattuali, entro 15 giorni dalla data di entrata in vigore del decreto, le stazioni appaltanti debbano certificare lo stato di avanzamento dei lavori e, conseguentemente, procedere al pagamento di quanto certificato. Inoltre, vanno riconosciuti all'esecutore dei lavori i costi eventualmente sostenuti per la messa in sicurezza del personale in conformità a quanto previsto dalla normativa sul contenimento dell'epidemia da Covid-19. Si segnala, infine, che costituisce causa di forza maggiore il caso in cui le norme sul contenimento dell'epidemia impediscano all'aggiudicatario dell'appalto di portare a termine l'opera nei tempi previsti. Ai fini della proroga dei termini di consegna, questa circostanza costituisce causa non imputabile all'esecutore. In questo caso, non sono necessarie le comunicazioni all'ANAC riguardanti le proroghe e, di conseguenza, non sono applicabili le relative sanzioni.⁸

*

- **Riflessi della disciplina transitoria sul contenzioso amministrativo:**

Il decreto prevede, **fino al 31 Dicembre 2021**, l'applicabilità alla fase cautelare di tutti i giudizi relativi a gare d'appalto delle disposizioni di cui all'articolo 125, comma 2, c.p.a.⁹. Detto articolo è, invece, applicabile per intero nel caso delle procedure d'urgenza legate alla fase emergenziale che vengono, quindi, equiparate in tutto e per tutto alle procedure attinenti alle infrastrutture c.d. "strategiche".¹⁰

Al fine di rendere quanto più celeri possibile gli affidamenti, il decreto interviene sulla normativa antimafia prevedendo che, **fino al 31 Dicembre 2021**, si può procedere all'affidamento anche sulla base della sola "*informativa liberatoria provvisoria, immediatamente conseguente alla consultazione della BDNA*", salvo che emergano alcune circostanze di particolare gravità (*i.e.* applicazione di misure di prevenzione). I contratti

⁷ Articolo 5 del decreto

⁸ Articolo 8 comma 4, lett. c) del decreto

⁹ che prevede la necessità per il G.A. di tenere in considerazione in sede cautelare le "*probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera*". In particolare, è applicabile il terzo comma dell'art. 125 secondo il quale "*al di fuori dei casi in essi contemplati la sospensione o l'annullamento dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto già stipulato, e il risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente. Si applica l'articolo 34, comma 3*".

¹⁰ Articolo 4 del decreto

Aggiudicazione
entro il 31
dicembre 2020

Stato di
avanzamento
dei lavori

Contenzioso
amministrativo

affidati con questo procedimento sono sottoposti a condizione risolutiva; nel caso in cui sopraggiungano ulteriori documenti riguardanti l'accertamento delle situazioni interdittive, le stazioni appaltanti recedono dai contratti a meno che non ricorra la situazione di cui all'articolo 94 comma 3 del codice antimafia (ovvero nel caso in cui l'opera sia in corso di ultimazione o in caso di fornitura di beni e servizi ritenuta essenziale per il perseguimento dell'interesse pubblico, qualora il soggetto che la fornisce non sia sostituibile in tempi rapidi).¹¹

*

PARTE SECONDA: MODIFICHE AL D.LGS. 50/2016

In disparte dall'introduzione del regime transitorio per le gare indette **fino al 31 Dicembre 2021** di cui sopra, il decreto semplificazioni interviene anche con modifiche alla normativa vigente destinate a sopravvivere al periodo emergenziale.

Si segnalano di seguito le novità più rilevanti:

- 1) **la nuova formulazione dell'articolo 36, comma 1, del Codice. Viene esteso l'obbligo di inserire la clausola sociale, di cui all'art. 50 del Codice, anche agli appalti sotto soglia. Si precisa, inoltre, che per gli affidamenti di cui all'art. 36, comma 2, lett. a) non è obbligatoria la pubblicazione sul sito internet istituzionale dell'avviso sui risultati della procedura;**
- 2) la nuova formulazione dell'articolo 32, comma 8, del Codice prevede 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.”* Inoltre, si precisa che la pendenza di ricorsi giurisdizionali non è, di per sé, circostanza sufficiente a giustificare il ritardo (salvo il caso, naturalmente, in cui la sospensione del procedimento sia stata disposta dal G.A.);
- 3) **al documento unico di regolarità contributiva (DURC) è aggiunto quello relativo alla congruità dell'incidenza della manodopera relativa allo specifico intervento, secondo le modalità indicate con decreto dal Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali da adottare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione (la norma non si applica alle procedure di gara indette prima dell'entrata in vigore del suddetto decreto del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali).**
- 4) La nuova formulazione dell'articolo 120 d.l. 104/2010 (Codice del processo amministrativo) prevede che i giudizi in materia di appalti siano definiti in sede cautelare in due casi: (i) *“qualora le parti richiedano congiuntamente di limitare la decisione all'esame di un'unica questione”* e (ii) *“in ogni altro caso compatibilmente con le esigenze di difesa di tutte le parti in relazione alla complessità della causa”*. Risulta, invece, confermato il termine di 15 giorni per il deposito della sentenza, fatti salvi i casi di particolare complessità in cui il termine è di 30 giorni, ma con obbligo di pubblicazione del dispositivo entro 15 giorni.

All'articolo 80 del Codice si chiarisce che *“Un operatore economico può essere escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se la stazione appaltante è a conoscenza e può*

¹¹ Articolo 3 del decreto

PARTE II

Clausola
sociale

Costo della
manodopera

Rito appalti

*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.”¹²*

Roma, 10.09.2020

Avv. Vincenza Di Martino

Avv. Giampaolo Austa

¹² Articolo 8 comma 5, lett. b) del decreto con la precisazione che “*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*”