

FAQ

ARTICOLO 1- appalti sottosoglia

1) Qual è la natura dell'avviso da pubblicare ai sensi dell'art. 1, comma 2, lett. b)

L'art. 1, comma 2, lett. b), del decreto 16 luglio 2020, n. 76 ("Decreto Semplificazioni"), convertito, con modificazione, nella legge 11 settembre 2020, n. 120, prevede che le stazioni appaltanti *"danno evidenza dell'avvio delle procedure negoziate di cui alla presente lettera tramite pubblicazione di un avviso nei rispettivi siti internet istituzionali"*.

Ora, la formulazione normativa utilizzata dal legislatore per tale atto informativo non appare del tutto univoca.

Secondo una tesi ermeneutica, l'avviso in esame configurerebbe una sorta di **obbligo informativo ulteriore rispetto a quelli** previsti dalla normativa di riferimento (di cui al del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, nonché del Codice dei Contratti), andandosi a collocare dopo l'avvio della procedura di affidamento – da attuare con specifico avviso per le manifestazione d'interesse – e prima della sua formale conclusione sottoposta, invece, agli obblighi di post-informazione.

Tal interpretazione, tuttavia, non appare pienamente convincente.

La funzione di informazione, infatti, è assolta:

- 1) dal necessario rispetto degli obblighi di trasparenza e pubblicità prescritti dall'art. 29 del Codice dei contratti pubblici, tra cui si **inseriscono anche gli avvisi con i quali le stazioni appaltanti svolgono le indagini di mercato**, finalizzate alla sollecitazione di manifestazione di interesse degli operatori economici;
- 2) dalla previsione dell'obbligo di pubblicazione dell'avviso sui risultati della procedura di affidamento, che deve necessariamente contenere anche i nominativi di tutti gli operatori invitati (peraltro, già previsto ordinariamente dall'art. 36 del Codice dei contratti) - vedi art. 1, comma 2, lett. b, ult. periodo, del suddetto Decreto "Semplificazioni".

Pertanto, ove l'avviso in parola venisse interpretato come un passaggio "intermedio" tra gli obblighi di cui ai precedenti punti 1) e 2), lo stesso darebbe luogo ad un tipo di atto senza alcuno scopo effettivo, se non addirittura foriero di possibili fenomeni di alterazione del mercato (potendo innescare accordi collusivi durante lo svolgimento delle trattative, laddove desse evidenza dei soggetti invitati).

Interpretazione, questa, che, pertanto, finirebbe per tradursi in una violazione dei principi di tipicità e nominatività dei provvedimenti amministrativi, nonché in un contrasto con il noto canone ermeneutico a tenore del quale, tra le diverse interpretazioni possibili, vada sempre privilegiata quella che attribuisce effetto – utile – alle regole, rispetto a quella che, invece, darebbe luogo a fattispecie prive legittimità (**cd principio di conservazione**).

In conseguenza di quanto sopra detto, l'interpretazione che appare preferibile è quella che fa coincidere l'avviso di avvio di procedura negoziata di cui al richiamato art. 1, comma 2, lett. b, del Decreto "Semplificazioni" con un **invito a manifestare interesse alla successiva partecipazione alla procedura di gara, sub specie, a seconda dei casi concreti, dell'avviso di indagine di mercato ovvero dell'avviso pubblico diretto all'acquisizione di manifestazioni di interesse** per la formazione di elenchi di operatori economici nell'ambito dei quali selezionare quelli da invitare.

2) Fino al 31 dicembre 2021, le stazioni appaltanti, per gli appalti sottosoglia, possono ancora utilizzare, in alternativa alle procedure c.d. "emergenziali" del D.L. "Semplificazioni", le procedure c.d. "ordinarie" (aperta o ristretta)?

Le stazioni appaltanti, fino al 31 dicembre 2021, sono obbligate ad utilizzare le modalità procedurali previste nel D.L. "Semplificazioni", atteso che l'art. 1 contiene la deroga espressa all'art. 36, comma 2 del Codice 50.

Ciò appare in linea con l'intento acceleratorio sotteso a tutto il D.L. "Semplificazioni", mirato ad incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici, al fine di arginare le ricadute economiche negative connesse all'evento pandemico. Diversamente opinando, invece, tale obiettivo potrebbe risultare frustrato.

Le procedure ordinarie, tuttavia, potrebbero essere eccezionalmente utilizzate, "promanando" dalle direttive comunitarie, nei limiti però in cui le stesse consentano il rispetto dei tempi "celeri" imposti dal D.L. Semplificazioni (in tal senso vedi ANACⁱ e parere MIT n. 735/2020).

Pertanto, in caso di utilizzo dei sistemi di gara ordinari, sussiste un obbligo di motivazione particolarmente "robusto": le SS.AA. dovranno esplicitare, in modo stringente e dettagliato, in che modo l'utilizzo delle procedure ordinarie garantisce – in base alle specificità dei singoli casi concreti – una maggior celerità rispetto alle procedure "acceleratorie" previste dal D.L. Semplificazioni, in ossequio al principio di non aggravamento del procedimento e nel rispetto dei termini di conclusione del procedimento, come fissati dal D.L. "Semplificazioni", in conformità con gli obiettivi emergenziali.

3) Fino al 31 dicembre 2021, relativamente ai contratti sotto 1 milione di euro, le stazioni appaltanti possono ancora ricorrere, in alternativa alle procedure "negoziato" previste dal D.L. "Semplificazioni", a quelle disciplinate dall'art.

36 del Codice 50?

No, tale possibilità sembra doversi escludere, considerata la deroga espressa alle procedure previste all'art. 36, comma 2, del Codice prevista dal DL "Semplificazioni".

4) In caso di affidamento diretto, fino al 31 dicembre 2021, è possibile per l'amministrazione appaltante prescindere da ogni forma di confronto concorrenziale e non giustificare la scelta del soggetto aggiudicatario?

L'articolo 1, comma 2, lettera a) sopra citato, nel riproporre, tra le procedure utilizzabili sotto soglia comunitaria, anche l'affidamento diretto, previsto dall'articolo 36, comma 2, lettera a) del Codice Appalti, ha introdotto due sostanziali deroghe rispetto alla procedura ordinaria:

- ha allargato la soglia di importo massimo entro cui la procedura è consentita, portandola dai precedenti 40 mila euro fino a 150 mila euro per i lavori (ed a 75 mila euro per i servizi e le forniture);
- non ha replicato la precedente locuzione "*anche senza previa consultazione di due o più operatori economici*".

Va ricordato che tale locuzione è stata inserita nell'articolo 36 del Codice dal legislatore del Decreto Correttivo (d.lgs. 56/2017), in un'ottica di massima semplificazione amministrativa, motivata, evidentemente, dalla esiguità dell'importo degli affidamenti stessi.

Va altresì evidenziato che, nonostante l'introduzione di tale inciso, nelle Linee Guida n. 4 sui Contratti sotto soglia comunitaria, approvate il 26 ottobre 2016 e successivamente aggiornate alle modifiche introdotte dal Decreto Correttivo e dal Decreto "Sblocca cantieri", l'ANAC ha sempre ribadito l'opportunità - al di là della formulazione letterale della norma - di svolgere un preventivo confronto tra due o più preventivi in caso di affidamento diretto.

Tale confronto, infatti, rappresenta secondo l'ANAC una **best practice**, alla luce del principio di concorrenza e di quello di rotazione, che vanno rispettati anche negli affidamenti diretti.

Buona pratica che, peraltro, assume particolare pregnanza nel contesto attuale, considerato che il DL "Semplificazioni" ha operato un notevole innalzamento delle soglie di importo entro le quali è consentito l'affidamento diretto.

Al contempo, va evidenziato che non è stato neppure previsto uno specifico onere di segno contrario a carico delle stazioni appaltanti. Infatti, il legislatore non ha ritenuto di replicare formule simili a quella contenuta nell'articolo 36, comma 2, lettera b) del Codice che, per i lavori di importo compreso tra 40 mila e 150 mila euro, prevede l'"affidamento diretto previa valutazione di tre preventivi".

Ciò considerato, è da ritenere che la scelta non possa che essere rimessa alla discrezionalità della singola stazione appaltante, che potrà decidere se procedere senza attuare alcun confronto concorrenziale, oppure conformare il proprio operato alla "**best practice**" di cui parla la Linea Guida ANAC.

In ogni caso, qualunque sia la decisione assunta, è indubbio che l'Amministrazione dovrà comunque motivare la scelta finale dell'affidatario.

ARTICOLO 2 – appalti soprasoglia

1) Qual è l'ambito applicativo dei poteri derogatori nei settori di cui al comma 4?

L'articolo 2, comma 4, prevede, com'è noto, che le stazioni appaltanti operino in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo, tra le altre cose, il rispetto del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione (d.lgs. 159/11), nonché dai **vincoli inderogabili derivanti da EU, ivi inclusi quelli derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE.**

Ora, le disposizioni relative al procedimento di affidamento, nei loro caratteri essenziali, rispecchiano il contenuto normativo previsto dalle stesse direttive; conseguentemente, **la previsione di tali poteri derogatori sembrerebbe avere un impatto più limitato, almeno per quel che riguarda la fase di gara.**

Inoltre, le deroghe incontrano anche il limite di ***“quanto non espressamente regolato dal medesimo” articolo 2.***

In ragione di ciò, sembra ragionevole ritenere che, per gli interventi da realizzare in tali settori, le stazioni appaltanti possano utilizzare, ai fini dell'affidamento, sia le procedure “ordinarie” di cui al comma 2 dell'articolo in commento, sia la procedura negoziata senza bando di cui al comma 3, nei limiti ivi indicati.

Questione derivata è poi se i poteri derogatori possano riguardare **anche i requisiti generali, di cui all'art. 80, e speciali** (per i lavori rappresentati, per gli affidamenti sopra i 150.000, dall'obbligo di possesso dell'attestazione **SOA**) previsti dal Codice per la partecipazione alla gara.

Al quesito, sembra potersi dare risposta negativa.

Infatti, in fase di conversione, è stato espressamente chiarito che la verifica di quei requisiti vada sempre effettuata e che, nel frattempo (ma fino al 31 dicembre 2021), è sempre autorizzata la consegna dei lavori in via d'urgenza (art. 8, comma 1 lettera a).

A tale conclusione, peraltro, è giunta anche l'ANACⁱ, secondo la quale l'art. 58 della Dir. 24/2014/UE espressamente obbliga le stazioni appaltanti a prevedere una qualificazione delle imprese, attraverso criteri di selezione che attengono, tra le altre cose, alla capacità economica e finanziaria, nonché alle capacità tecniche e professionali.

L'Italia ha dato attuazione a tale articolo, optando per un sistema di qualificazione di tipo convenzionale, attraverso le SOA, almeno per la fascia di affidamenti che va da 150 mila euro a 20 milioni di euro.

Non viene, quindi, consentita alle stazioni appaltanti una qualificazione degli operatori "gara per gara", se non per lavori di importo inferiore ai 150 mila euro e sopra i 20 milioni di euro; peraltro, in tale caso, i requisiti da valutare "gara per gara" si sommano, e non si sostituiscono, alla SOA.

Il legislatore nazionale ha, quindi, ritenuto che il sistema SOA, stante la sua natura convenzionale, fosse il più idoneo a garantire sia l'interesse della PA ad un rapido svolgimento delle procedure di gara sia l'interesse del mercato ad una maggiore concorrenza possibile.

Peraltro, il ricorso alla qualificazione SOA va esattamente incontro alle esigenze di celerità e semplificazione sottese all'intero provvedimento. Diversamente, si determinerebbe un irragionevole aggravio di tempi ed oneri, non in linea con la *ratio* ispiratrice del provvedimento in commento.

2) Qual è la normativa sul subappalto da rispettare?

Nel definire i limiti dei poteri derogatori concessi alle stazioni appaltanti, la norma in esame fa salve, tra le altre cose, le disposizioni in materia di **subappalto**.

Sul punto, non è chiaro se tale richiamo si riferisca alla disciplina comunitaria – considerato che lo stesso comma 4 sottrae dal potere derogatorio, tutto ciò che rappresenti un vincolo inderogabile derivanti da EU, ivi inclusi quelli derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE - o a quella nazionale, già oggetto di procedura di infrazione (n. 2018/2273) della Commissione Europea, e più volte censurata dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Sul punto, si ribadisce la necessità di un intervento normativo, a livello primario, teso a rendere coerente la disciplina nazionale sul subappalto con la normativa comunitaria.

ARTICOLO 2 – bis – RTI e Consorzi

1) La disposizione fa riferimento alla sola categoria dei raggruppamenti temporanei. Si può ritenere estesa anche ai consorzi?

Sì.

E' senza dubbio vero che l'art. 2 bis non menziona le altre forme di partecipazione alla gara di tipo "plurisoggettivo", quali i consorzi tra operatori economici ex art. 2602 c.c.

Tuttavia, non sembra ragionevole dedurre da tale mancanza una volontà del legislatore di escludere detta categoria di operatori economici, non essendo precluso agli stessi, in alcuna disposizione, di manifestare interesse alla partecipazione alle procedure di gara indette in tale fase di emergenza.

Peraltro, una restrizione in tale senso apparirebbe oltremodo iniqua e discriminatoria, oltreché limitativa della concorrenza.

ARTICOLO 3 - Antimafia

1) Il meccanismo dell’informativa liberatoria si applica anche alla comunicazione antimafia?

La semplificazione procedurale derivante dall’informativa liberatoria provvisoria – che consente di stipulare in via immediata sotto condizione risolutiva, anche per soggetti non censiti – è applicabile espressamente all’informativa antimafia.

Infatti, se dovesse prevalere una interpretazione strettamente letterale della norma, tale da non renderla utilizzabile anche per la comunicazione antimafia, l’intento semplificatorio sotteso alla novella normativa introdotto risulterebbe fortemente limitato, dovendo essere circoscritto alle sole verifiche antimafia propedeutiche alla stipula di contratti di importo superiore alla soglia UE.

Si tratterebbe, quindi, di un risultato paradossale, oltre che irragionevole, che produrrebbe l’effetto di mantenere invariate le attuali tempistiche delle verifiche antimafia proprio per quegli appalti che, in ragione del loro modesto importo, necessitano particolarmente di snellimenti procedurali.

Per tale ragione sembra preferibile un’interpretazione di tipo estensivo della norma, che, tenendo conto della finalità ad essa sottesa, consenta - durante il periodo transitorio - di dare massima applicazione alle semplificazioni introdotte, utilizzandole non solo per il rilascio dell’informazione antimafia in senso stretto, ma anche per le comunicazioni antimafia.

2) Qual è l’ambito di applicazione temporale della disposizione?

Non è chiaro se le semplificazioni antimafia introdotte possano trovare applicazione - oltre che nel caso di procedure avviate dopo l’entrata in vigore del decreto (17 luglio u.s.) - anche nel caso di procedure avviate anteriormente a tale data, laddove i contratti non siano ancora stati stipulati ovvero i subappalti non siano ancora stati autorizzati.

La norma, infatti, non definisce un regime transitorio specifico, rimettendo così la questione – di non facile soluzione - agli interpreti che dovranno applicarla.

Al riguardo, è opportuno ricordare che, nell’ambito dei procedimenti amministrativi, la successione delle leggi nel tempo è regolata dal principio generale del “*tempus regit actum*”, ai sensi del quale la normativa applicabile è quella in vigore al momento di avvio del procedimento stesso.

Va altresì evidenziato che, secondo un indirizzo giurisprudenziale, laddove nel procedimento amministrativo siano individuabili più fasi coordinate ma fra loro autonome, la normativa sopravvenuta può trovare applicazione anche rispetto alle fasi procedurali che, all'atto di entrata in vigore della novella normativa, siano ancora in via di definizione.

In base a tale indirizzo ermeneutico, quindi, sembrerebbe ipotizzabile l'applicazione delle semplificazioni antimafia anche alle procedure bandite prima del 17 luglio u.s., a condizione che la fase di stipula del contratto ovvero di autorizzazione del subappalto non si sia ancora conclusa.

Ciò, peraltro, sembrerebbe sostenibile anche alla luce degli effetti derivanti dalla norma, che non comporta alterazioni sostanziali nelle regole di partecipazione alla gara, ma ha il solo scopo di consentire una accelerazione dei tempi di stipula. La sua applicazione anche alle procedure in corso, quindi, non sembrerebbe produrre effetti negativi per nessuno dei partecipanti alla procedura.

Fermo restando quanto sopra indicato, al fine di sgombrare il campo da ogni incertezza applicativa che possa limitare gli effetti positivi derivanti dalla norma – che, si ricorda, sono comunque transitori - è auspicabile che venga fornito un chiarimento interpretativo al riguardo.

ART. 6 - COLLEGIO CONSULTIVO TECNICO

1) Le commissioni già nominate ex art. 240 del Dlgs. 163/06 ovvero ex art 205 del Codice 50/2016 come si rapportano con il Collegio consultivo tecnico, nominato ex art. 6 del DI “Semplicazioni”

L'art. 6, comma 1, del DI. n. 76/20, convertito, nella legge 11 settembre 2020, n. 120, in merito all'operatività del Collegio, dispone, per i contratti la cui esecuzione sia già iniziata alla data di entrata in vigore del decreto, ossia al 17 luglio 2020, la nomina dei relativi membri entro i successivi 30 giorni.

Conseguentemente, tale istituto trova applicazione, non solo per i nuovi contratti, ossia quelli relativi a gare indette successivamente alla data di entrata in vigore del citato decreto n. 76, bensì anche con riferimento ai lavori in corso di esecuzione alla data del 17 luglio scorso, indipendentemente da quando sia stata bandita la relativa gara.

Rispetto a questi ultimi, si pone tuttavia la necessità di coordinare la disciplina sopravvenuta del collegio consultivo tecnico con i sistemi di conciliazione già previsti dal Codice vigente e/o dalla previgente normativa (vedi d.lgs. 163/2006), quali, in particolare, la transazione e l'accordo bonario.

La norma, infatti, non chiarisce se tale nuovo strumento si aggiunga a quelli già esistenti ovvero si sostituisca a quest'ultimi; problema, questo, che, ad esempio, si

pone nel caso in cui sia già stata nominata la commissione, ai sensi dell'art. 240 del D.lgs. n.163/2006, ai fini della definizione di un accordo bonario.

In tali ipotesi, **potrebbe essere ragionevole ritenere che, in una ottica di semplificazione e efficienza dell'azione amministrativa, la commissione incaricata di formulare la proposta di accordo bonario venga chiamata ad operare, in virtù della normativa sopravvenuta, secondo la disciplina, e con i poteri, attribuiti al collegio consultivo tecnico, così da evitare una sovrapposizione/duplicazione di procedure e funzioni.**

Ciò, previo assenso delle parti e fermo restando, in caso di mancata accettazione della proposta di accordo bonario, la facoltà di transigere ai sensi del codice civile.

2) Il Collegio Consultivo tecnico può esprimersi sulle riserve?

In una ottica di deflazione del contenzioso, appare ragionevole sostenere che il collegio consultivo tecnico possa esprimersi sulle riserve iscritte dall'operatore in corso di esecuzione.

A sostegno, occorre richiamare il dato letterale della norma di cui all'art. 6, comma 1, del citato decreto n. 76, che attribuisce a tale organo le precipue *“funzioni di assistenza per la rapida soluzione delle controversie o delle dispute tecniche di ogni natura suscettibili di insorgere nel corso dell'esecuzione del contratto”*.

Inoltre, anche il primo periodo del comma 3 prevede che *“Nell'adozione delle proprie determinazioni, il collegio consultivo può operare [...] per favorire, **nella risoluzione delle controversie o delle dispute tecniche eventualmente insorte**, la scelta della migliore soluzione per la celere esecuzione dell'opera a regola d'arte”*.

Ora, per quanto attiene ai lavori pubblici, le eventuali controversie tra stazione appaltante e operatore economico traggono essenzialmente origine dalle c.d. riserve dell'appaltatore e, cioè, dalle domande di maggiori compensi che lo stesso operatore, se non vuole decadere dal relativo diritto, è tenuto a formulare nel corso dell'appalto.

In altri termini, l'onere di iscrizione della riserva è onere di carattere generale, concerne cioè qualsiasi richiesta, da parte dell'appaltatore, di ulteriori somme rispetto al corrispettivo contrattuale.

In considerazione di ciò, il dettato normativo di cui ai commi 1 e 3 dell'art. 6, che attribuisce al collegio le funzioni di assistenza per la rapida soluzione delle controversie o delle dispute tecniche (siano esse già sorte o future), **non può che far riferimento, per quanto attiene al settore dei lavori pubblici, alla funzione**

di definizione rapida delle eventuali riserve iscritte dall'appaltatore, comprese quelle correlate ai progetti oggetto della prescritta validazione.

Ciò, anche perché, in mancanza della stessa iscrizione delle riserve, non sarebbe configurabile nemmeno una situazione di conflitto tra la stazione appaltante e l'operatore.

Ove, infatti, l'operatore non iscriva tempestivamente la domanda, come in precedenza ricordato, questo decade dal relativo diritto e, quindi, dalla possibilità di far valere in qualsiasi tempo o modo la sua pretesa.

Ad ulteriore e definitiva conferma di ciò, **la norma espressamente attribuisce alle determinazioni del collegio natura di lodo contrattuale ex art. 808-ter del Codice di procedura civile**, salva diversa e motivata volontà espressamente manifestata in forma scritta dalle parti stesse.

Da ultimo, non si può non evidenziare che, ove si accedesse ad una interpretazione che escluda dalla competenza del collegio la funzione di definizione delle riserve, l'operativa di tale istituto sarebbe, per il settore dei lavori pubblici, estremamente residuale, se non addirittura nulla.

3) I quesiti possono essere posti anche da parte di una singola parte?

Dal momento che il collegio ha la funzione di assistenza per la rapida soluzione di tutte le controversie o dispute tecniche che possono sorgere in fase di esecuzione, è evidente che, una volta originata una situazione di conflittualità tra le parti, queste possano adire il collegio con i propri quesiti per ottenere una sua determinazione.

Una diversa interpretazione, oltre ad essere ingiustificatamente discriminatoria nei confronti di una parte, comprometterebbe l'operatività stessa di tale istituto, e quindi la sua utilità.

A conferma di ciò, si evidenzia che il dettato normativo, in nessun passaggio, fa minimamente intendere che, una volta costituito il collegio, l'operatività dello stesso sia subordinato alla domanda di entrambe le parti.

4) Qual è l'importo cui fare riferimento per stabilire l'obbligatorietà o meno del Collegio Consultivo Tecnico?

In riscontro ad un quesito postogli, il MIT ha dichiarato che, al fine di stabilire l'obbligatorietà o meno della costituzione del Collegio Consultivo Tecnico, occorre fare riferimento **non all'importo a base d'asta, bensì al valore stimato dell'appalto**.

Ciò, nel presupposto che l'art. 6 del D.L. "Semplificazioni" ha introdotto l'obbligo di nominare un Collegio Consultivo Tecnico solo per gli appalti di lavori pari o superiori alla soglia comunitaria, attribuendo una mera facoltà alle stazioni appaltanti di costituire il suddetto organo negli appalti sotto-soglia.

Tanto premesso, il Ministero ha chiarito che per valore stimato di un appalto - da prendere, quindi, in considerazione al fine di valutare l'eventuale superamento della soglia comunitaria - debba intendersi il valore derivante dalla somma dell'importo a base di gara (al netto di Iva e/o di altre imposte e contributi di legge), nonché degli oneri per la sicurezza dovuti a rischi da interferenze non soggetti a ribasso e di eventuali opzioni, rinnovi, premi e pagamenti.

Pertanto, per determinare il valore stimato dell'appalto, all'importo a base d'asta devono esser aggiunti – eventualmente - opzioni, rinnovo, premi e pagamenti.

Roma, 3 novembre 2020

CM/

ⁱ Testo scritto presentato dal Presidente f.f. dell'ANAC, Prof. Francesco Merloni, in occasione dell'audizione presso le Commissioni riunite 8^a Lavori pubblici, comunicazioni e 1^a Affari costituzionali del Senato della Repubblica sul DL Semplificazioni