



Il DL Semplificazioni e la legge di conversione n. 120/2020 – le disposizioni in deroga nel sopra soglia comunitario

*A domanda Risponde **Stefano USAI***

28 settembre 2020 dalle ore 15.00 alle 16.00

.....intorno a
due quesiti ...

- *procedura negoziata con ricerca di mercato e o.e.p.v. in 4 mesi???! **da provare***
- *Se utilizzo l'Elenco delle imprese approvato dalla stazione appaltante **che senso ha pubblicare l'avviso preventivo che ora prescrive l'art. 1, comma 2, lettera b), del Decreto Semplificazioni ?***

Corte dei Conti, Veneto 121/2020

- Ciò premesso, la sezione dà per scontato che per “i contratti di importo inferiore alla cd. soglia di rilevanza comunitaria **le amministrazioni sono obbligate ad applicare un corpus normativo appositamente dedicato**” che, ora, implica - sia nel regime ordinario che nel regime derogatorio ex D.L 76/20 – “l’esperimento di procedure semplificate ad evidenza pubblica, e comunque in ogni caso, il rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità e rotazione”.

Corte dei Conti, Veneto 121/2020 ..occhio all'aggravio del procedimento

La conclusione è che nel caso in cui sia consentito l'affidamento diretto, come ora risulta, per importi anche più significativi rispetto alla previsione codicistica dell'art. 36, comma 2, lett.a), dalla legge 120/2020 *detta fattispecie "continua a rimanere esclusa dalla disciplina degli incentivi tecnici (...) salve le ipotesi nelle quali per la complessità della fattispecie contrattuale l'amministrazione, nonostante la forma semplificata dell'affidamento diretto, proceda allo svolgimento di una procedura sostanzialmente comparativa"*.

Procedura comparativa, altra indicazione importante per i RUP, che *"dovrà comunque emergere nella **motivazione della determinazione** a contrarre, in conformità al principio di prevalenza della sostanza sulla forma, di matrice comunitaria"*.

DECRETO-
LEGGE 16 luglio
2020, n. 76 .
Misure urgenti
per la
semplificazione
e l'innovazione
digitale.

- In vigore dal 17 luglio 2020
- - **range temporale** 17 luglio 2020 – 31 luglio 2021 (...)
- Legge di conversione n. 120/2020 (11 settembre) in G.U. il 14, in vigore dal 15 settembre ...estende il range temporale di emergenza **fino al 31 dicembre 2021**

Le norme per il sopra soglia

- Art. 1
- Procedure per l'incentivazione degli investimenti pubblici **durante il periodo emergenziale** in relazione all'aggiudicazione dei contratti pubblici **sotto soglia**

Art. 2

- Procedure per l'incentivazione degli investimenti pubblici in relazione all'aggiudicazione dei contratti pubblici **sopra soglia**

Anche le
norme per il
sopra soglia
..esprimono
l'intento del
legislatore di
"sollecitare" il
RUP ...

In tali casi, salve le ipotesi in cui la procedura sia sospesa per effetto di provvedimenti dell'autorità giudiziaria, l'aggiudicazione o l'individuazione definitiva del contraente avviene entro il termine di sei mesi dalla data di adozione dell'atto di avvio del procedimento. Il mancato rispetto dei termini di cui al periodo precedente, 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.

L'atto che avvia il procedimento

- D11. Quali sono le conseguenze della mancata adozione della determina a contrarre o i vizi di cui può essere affetta quest'ultima?
- La mancata adozione della determina a contrarre, in quanto atto amministrativo, **la sua nullità** o la presenza di un vizio di legittimità che la renda annullabile, determinando un vizio dell'iter procedimentale che riguarda la formazione della volontà contrattuale del soggetto pubblico, si riflette su tutti gli atti del procedimento di gara compreso il provvedimento di aggiudicazione ed il successivo contratto, invalido per effetto di un vizio derivato (secondo alcuni, di annullabilità, secondo altri, di nullità o di inesistenza).

**..procedure
ordinarie (pur
con termini
ridotti) ..e
procedure
negoziate**

2. Salvo quanto previsto dal comma 3,

3.....(nel sopra soglia) la procedura negoziata di cui all'articolo 63 del decreto legislativo n. 50 del 2016, per i settori ordinari, e di cui all'articolo 125, per i settori speciali, puo' essere utilizzata, previa pubblicazione dell'avviso di indizione della gara o di altro atto equivalente, nel rispetto di un criterio di rotazione, nella misura strettamente necessaria quando, (ANCHE) per ragioni di estrema urgenza derivanti dagli effetti negativi della crisi causata dalla pandemia da COVID-19 o dal periodo di sospensione delle attivita' determinato dalle misure di contenimento adottate per fronteggiare la crisi, i termini, anche abbreviati, previsti dalle procedure ordinarie non possono essere rispettati.

**..... *previa*
pubblicazione
dell'avviso di
indizione della
*gara.....***

**...l'avviso a manifestare interesse
... all'albo pretorio ...**

**ART. 63, COMMA 6 (PER I
SETTORI ORDINARI)**

**..... previa
pubblicazione
dell'avviso di
indizione della
gara.....**

puo' essere utilizzata altresì per l'affidamento delle attività di esecuzione 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.

Le procedure ordinarie ma con abbreviazione dei termini

(le stazioni appaltanti procedono con l'affidamento mediante..) la procedura aperta, 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 del 2016 o il dialogo competitivo di cui all'articolo 64 del decreto legislativo n. 50 del 2016, per i settori ordinari, e di cui agli articoli 123 e 124, per i settori speciali, in ogni caso con i termini ridotti di cui all'articolo 8, comma 1, lettera c), del presente decreto

*all'articolo 8,
comma 1,
lettera c), del
presente
decreto*

*c) in relazione alle procedure ordinarie, 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 (4)**, del decreto legislativo n. 50 del 2016. **Nella motivazione del provvedimento che dispone la riduzione dei termini non e' necessario dar conto delle ragioni di urgenza, che si considerano comunque sussistenti;***

Riduzione termini

- Art. 60, comma 3, (15 gg)
- Art. 61, comma 6, (presentazione domande proc. Ristrette/proced. Competitiva con negozia. 15 gg; offerte proce. Ristrett./proc. Comp. Negozi. 10 gg)
- Art. 62 comma 5, (proce. Negozi compet. 15 gg/ offerte 10 gg)
- Art. 74, commi 2 Aumento termini per offerte in caso di indisponibilità documentazione in formato elettronico zero gg)
- e 3 (4),. Termine massimo per il rilascio di ulteriori informazioni o chiarimenti 4 gg)

La motivazione la fornisce il legislatore

- Come si è detto, il RUP non ha in questo caso alcun problema di motivazione visto che il periodo del comma recita che *“Nella motivazione del provvedimento che dispone la riduzione dei termini non e' necessario dar conto delle ragioni di urgenza, che si considerano comunque sussistenti”*.

procedimento
per gare
con offerte
scadute
entro
22 febbraio
2020

• **Entro il 31 dicembre**
• **2020**

Le deroghe per soli appalti strategici

operano 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, 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.

Articoli del codice non derogabili

- Art. 30. (Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni)
- Art. 34. (Criteri di sostenibilità energetica e ambientale)
- Art. 42. (Conflitto di interesse)

**Non è
possibile la
deroga ...**

Oggettivamente non potranno essere oggetto di deroga le disposizioni a presidio della **concorrenza** e quindi anche fattispecie come il **soccorso istruttorio**, l'aspetto sui **requisiti** che devono sempre essere posseduti di conseguenza anche istituti come l'avvalimento.

Per i settori strategici indicati dal legislatore quindi, si può sostenere che il RUP debba affidarsi **principalmente alle direttive comunitarie** (e ciò corrisponde anche ad una **istanza prospettata da più parti**).

RUP e progetti

- ***5. Per ogni procedura di appalto e' nominato un responsabile unico del procedimento che, anche in corso d'opera. Con propria determinazione adeguatamente motivata, valida ed approva ciascuna fase progettuale o di esecuzione del contratto, (quindi anche in deroga all'art. 26... pareri?)***

Letture ...

- il RUP sarà tenuto anche verificare i progetti, in deroga alle soglie previste per i procedimenti di verifica e validazione (art. 26 Codice contratti).
- Lo stesso potere derogatorio potrebbe attribuire al RUP la possibilità di approvare le progettazioni senza chiedere pareri a organismi ed enti sovracomunali, anche in fase di esecuzione del contratto di appalto. Ovviamente niente impedisce al RUP, per le attività di cui trattasi, di ricorrere (art. 31, commi 7 e 11 del d.lgs n. 50/2016) all'affidamento di incarichi di supporto in materia tecnica, giuridico-amministrativa, legale. Tutto questo al fine di creare uno staff tecnicoamministrativo che possa essere composto da personale specializzato nelle materie oggetto dei pareri non più necessari.

Si legittima l'applicazione dell'accesso civico generalizzato ...il legislatore ha dimenticato il sotto soglia?

*6. Gli atti delle stazioni appaltanti adottati ai sensi del **presente articolo** sono pubblicati e aggiornati nei rispettivi siti internet istituzionali, nella sezione «Amministrazione trasparente» e sono soggetti alla disciplina di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33. Nella medesima sezione, **e sempre ai sensi e per gli effetti del predetto decreto legislativo n. 33 del 2013, sono altresì pubblicati gli ulteriori atti indicati all'articolo 29, comma 1, del decreto legislativo n. 50 del 2016.** Il ricorso ai contratti secretati di cui all'articolo 162 del decreto legislativo n. 50 del 2016 e' limitato ai casi di stretta necessità e richiede una specifica motivazione.*

..accesso civico generalizzato nel sotto soglia

Per le procedure negoziate *“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”.*

- art. 29 ... *apre all'accesso civico “semplice” (obbligo di pubblicazione e reazione “sociale” in caso di violazione dell'obbligo)*

Sentenza Adunanza Plenaria CdS n. 10/2020

Il F.O.I.A. rappresenta una <<precondizione, (...), per l'esercizio di ogni altro diritto fondamentale nel nostro ordinamento perché solo conoscere consente di determinarsi, in una visione nuova del rapporto tra potere e cittadino che, improntata ad un aperto e, perciò stesso, dialettico confronto tra l'interesse pubblico e quello privato, fuoriesce dalla logica binaria e conflittuale autorità/libertà>>.

Antimafia

il rilascio della informativa liberatoria provvisoria, immediatamente conseguente alla consultazione della BDNA; **con questa liberatoria si può procedere a direttamente stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti, sottoposti in ogni caso a condizione risolutiva, in quanto i successivi approfondimenti o le indagini, atti al rilascio della documentazione antimafia "definitiva", che deve completarsi entro i successivi **60 giorni** (modifica al DL previsti 30). ...novità il possibile rilascio dell'informativa liberatoria anche nei confronti dei soggetti che non risultano censiti nella citata BDNA.**

Sussistenza di cause interdittive

4. Nei casi di cui al comma 2, qualora la documentazione successivamente pervenuta accerti la sussistenza di una delle cause interdittive ai sensi del decreto legislativo 6 settembre 2011, n.159, i soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, del medesimo decreto legislativo recedono dai contratti, fatti salvi il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite fermo restando quanto previsto dall'articolo 94, commi 3 e 4, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, e dall'articolo 32, comma 10, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114.

....fermo
restando
quanto previsto
dall'articolo 94,
commi 3 e 4,
del decreto
legislativo 6
settembre
2011, n. 159..

Art. 94. Effetti delle informazioni del prefetto

3. I soggetti di cui all'[articolo 83, commi 1 e 2](#), **non** procedono alle revoche o ai recessi di cui al comma precedente nel caso **in cui l'opera sia in corso di ultimazione ovvero, 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.**
4. Le disposizioni di cui ai commi 2 e 3 si applicano anche **nel caso in cui emergano elementi relativi a tentativi di infiltrazione**

....e dall'articolo
32, comma 10,
del decreto-legge
24 giugno 2014,
n. 90, convertito,
con
modificazioni,
dalla legge 11
agosto 2014, n.
114.....

10. Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano anche nei casi in cui sia stata emessa dal Prefetto un'informazione antimafia interdittiva e sussista l'urgente necessità di assicurare il completamento dell'esecuzione del contratto, ovvero la sua prosecuzione al fine di garantire la continuità di funzioni e servizi indifferibili per la tutela di diritti fondamentali, nonché per la salvaguardia dei livelli occupazionali o dell'integrità dei bilanci pubblici, ancorché ricorrano i presupposti di cui all'[articolo 94, comma 3, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159](#). In tal caso, le misure sono disposte di propria iniziativa dal Prefetto che ne informa il Presidente dell'ANAC. Le stesse misure sono revocate e cessano comunque di produrre effetti in caso di passaggio in giudicato di sentenza di annullamento dell'informazione antimafia interdittiva, di ordinanza che dispone, in via definitiva, l'accoglimento dell'istanza cautelare eventualmente proposta ovvero di aggiornamento dell'esito della predetta informazione ai sensi dell'[articolo 91, comma 5, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159](#), e successive modificazioni, anche a seguito dell'adeguamento dell'impresa alle indicazioni degli esperti.

Il rispetto dei
protocolli di
legalità a pena
di esclusione

Art. 83 bis – legge 159/2011

3. Le stazioni appaltanti prevedono negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che **il mancato rispetto** dei protocolli di legalità **costituisce causa di esclusione dalla gara** o di risoluzione del contratto.».

(o mancata sottoscrizione ..)

Rispetto e partecipazione alla gara? (precedenti violazioni in altri appalti)

Sulla legittimità ...

Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Sentenza del 22 ottobre 2015 nella causa C-425/14, in merito all'applicazione dell'art. 1, comma 17, della L. 06 novembre 2012, n. 190) ha concluso ed affermato la conformità al diritto dell'Unione, e ai principi comunitari in materia di contratti della previsione, inserita nei bandi di gara, dell'esclusione automatica di un candidato o di un offerente che non avesse formalizzato, all'atto della presentazione dell'offerta, l'impegno al rispetto del protocollo, e le conseguenti dovute dichiarazioni, previste nel protocollo medesimo, ritenendo proporzionata rispetto alla finalità del contrasto ai tentativi di infiltrazione delle organizzazioni criminali nel settore dei contratti pubblici.

Iscrizione nella whit list

- **Art. 83 bis – legge 159/2011**
- 2. **L'iscrizione (nda non basta la semplice domanda)** nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori di cui all'articolo 1, commi 52 e seguenti, della legge 6 novembre 2012, n. 190, nonché l'iscrizione nell'anagrafe antimafia degli esecutori istituita dall'articolo 30 del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229, **equivale al rilascio dell'informazione antimafia.**

Altre norme ..art. 8 ..primo comma

il primo comma, puntualizza che “*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 avviate a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente **decreto** e fino alla data del 31 dicembre 2021”*

Altre norme ..art. 8 ..primo comma

- In primo luogo, viene generalizzata la consegna in via d'urgenza "**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".

Altre norme ..art. 8 ..primo comma

Di rilievo anche **la previsione sul sopralluogo** consentito solamente in situazioni realmente necessarie (*"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 del 2016 esclusivamente laddove detto adempimento sia strettamente indispensabile in ragione della tipologia, del contenuto o della complessità dell'appalto da affidare).*

Altre norme ..art. 8 ..primo comma

Di rilievo la “semplificazione” delle procedure d’appalto in relazione ai vincoli della programmazione.

- In questo senso, la lettera d) del comma in commento puntualizza che *“le procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture possono essere avviate anche in mancanza di una specifica previsione nei documenti di programmazione di cui all'articolo 21 del decreto legislativo n. 50 del 2016, già adottati, a condizione che entro trenta giorni decorrenti dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto si provveda ad un aggiornamento in conseguenza degli effetti dell'emergenza da COVID-19”*.

Quesiti

Affidamento diretto fino 150 mila e contratto appalto: in forma pubblica od uso del commercio??

14.in caso di procedura negoziata ovvero per gli affidamenti di importo non superiore a 40.000 euro mediante corrispondenza secondo l'uso del commercio consistente in un apposito scambio di lettere, anche tramite posta elettronica certificata o strumenti analoghi negli altri Stati membri.

Affidamento servizio di progettazione importo di € 70.000,00. Procedura di affidamento diretto ai sensi dell'art. 1 c. 2 lettera a) D.L. 76/2020, previa valutazione di 2 o 3 preventivi. Vale il criterio del prezzo più basso o serve OEPV (art. 95 c. 3)?

R. multicriterio salvo criteri standardizzati ..che non implicano attività discrezionale

Quesiti

Come viene regolamentata la decorrenza dei termini riferita alla determina a contrarre? Come si correla alla data di pubblicazione delle gara?

• **R. in web**

• È possibile procedere alla consegna dei lavori prima della stipula del contratto per le gare ante dl 76/2020 e aggiudicate prima o dopo l'entrata in vigore del predetto dl?

• **R. in web**

Esattamente quali sono le deroghe per l'edilizia scolastica nel sopra soglia?

• **R. in web**

Quesiti

- Sottosoglia: in luogo degli affidamenti diretti e delle procedure negoziate previste L. 120/2020, l'Ente può espletare la procedura aperta ai sensi dell'art. 36, comma 9?
- **R. Si ..ma deve coordinare il procedimento con la scadenza ed avere adeguata motivazione**
- Le procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture possono essere avviate anche in mancanza di una **specificca previsione nei documenti di programmazione** di cui all'articolo 21 del decreto legislativo n. 50 del 2016, già adottati, **a condizione che entro trenta giorni decorrenti dalla data di entrata in vigore del presente decreto si provveda ad un aggiornamento in conseguenza degli effetti dell'emergenza COVID-19",**
R. Si ..art. 8, comma 1 lett. d)

quesiti

- In caso di affidamento diretto previa acquisizione di preventivi informale, qual è considerato l'atto di avvio del procedimento?
- **R. si rinvia a quanto detto nella web: l'atto formale che inizia il procedimento (di regola la determina a contrarre, se non viene predisposta l'avviso pubblico a manifestare interesse) Se la scelta da albo interno (o del mercato) dal momento degli inviti.**

L'art. 80, comma 4, d.lgs. 50/2016 è stato modificato dal d.l. 76/2020, consentendo l'esclusione dalla gara anche in caso di gravi violazioni tributarie e contributive non definitivamente accertate

R. Esatto. Non è più richiesto il definitivo accertamento. Si tratta di facoltà (per importi superiori a 5mila euro..)

quesiti

In merito alla determinazione con cui il RUP valida ed approva ciascuna fase progettuale o di esecuzione del contratto, anche in corso d'opera, non è chiaro per i servizi/forniture in cosa debba tradursi questo adempimento (validazione/approvazione) e come/quando debba avvenire tale validazione/approvazione della fase progettuale (quindi diversa dalla determina autorizzatoria?) nonché di esecuzione

R. Sulla progettazione, per i servizi il problema si pone normalmente a monte (a base d'asta) la norma mi sembra pensata per i lavori. Sull'esecuzione si allude normalmente alle fasi sulla corretta conduzione gestite dal DEC che può coincidere con il RUP

quesiti

Considerato il principio di continuità del possesso dei requisiti (dal momento della presentazione dell'offerta per tutta l'esecuzione), si chiede se, in una gara bandita prima dell'entrata in vigore del d.l. 76/2020 (con termine di scadenza per la presentazione delle offerte scaduto anch'esso prima dell'entrata in vigore del d.l. 76/2020), **possa essere escluso un concorrente per gravi violazioni tributarie e contributive accertate in maniera non definitiva**. La deroga si applica di default anche al comma 3 dell'art 2?

R. Da ritenersi che prima dell'entrata in vigore la norma non possa applicarsi (da notare che è facoltativa) ...verificare anche pareri ANAC che hanno affermato l'esclusione legittima per violazione del pagamento tasse comunali (parere ANAC n. 295/2020)