

Focus Decreto Semplificazioni-bis

Le procedure di gara dopo il Decreto-Legge n. 77/2021

a cura di Jacopo Recla e Gabriella Rondoni

In data 1° giugno 2021 è entrato in vigore il D.L. 31 maggio 2021 n. 77 rubricato “*Governance del Piano nazionale di rilancio e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure*” - c.d. Decreto Semplificazioni-bis. Il Decreto Legge è attualmente in fase di conversione in legge (entro il 30 luglio 2021) e pertanto potrebbe subire modifiche, anche rilevanti, ad esito della discussione parlamentare.

In questo Focus esamineremo in particolare le disposizioni relative alle **procedure di gara**, sia introdotte *ex novo* dal D.L., sia prorogate rispetto al precedente D.L. n. 76/2020 (cd. Decreto Semplificazioni).

Tali disposizioni riguardano tutti i contratti pubblici e non solo quelli finanziati in tutto o in parte con fondi del *Recovery Plan* e sono applicabili alle procedure i cui bandi o avvisi di indizione risultano pubblicati dopo il 1° giugno 2021.

1. Le principali novità.

La prima novità introdotta all’art. 51 è l’innalzamento della soglia per l’**affidamento diretto di contratti aventi ad oggetto servizi e forniture**. Ed infatti, per le procedure avviate a partire dal 1° giugno 2021, è possibile procedere all’affidamento diretto di servizi e forniture per un valore fino a **139.000,00 €**, anziché 75.00,00 € come originariamente previsto dal primo Decreto Semplificazioni.

La norma (art. 1, comma 2, lett. a) del D.L. n. 76/2020 così come modificato) precisa che l’affidamento può avvenire **“anche senza consultazione di più operatori economici, fermo restando il rispetto dei principi di cui all’articolo 30 del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50”**.

Come conseguenza dell’innalzamento della soglia dell’affidamento diretto, è stata modificata anche la soglia della procedura negoziata senza bando con l’invito di almeno 5 operatori, che è ora prevista per i servizi e le forniture di importo superiore a 139.000,00 € (anziché 75.00,00 €) ed inferiori alla soglia comunitaria (214.000,00 €).

La seconda novità riguarda gli **appalti di lavori**, per i quali la nuova disciplina dell’articolo 51 prevede infatti due sole soglie per **procedura negoziata senza bando**:

- con invito di almeno 5 operatori per importi tra 150.000,00 € e 1.000.000,00 €;
- con invito di almeno 10 operatori per importi tra 1.000.000,00 € e la soglia comunitaria (5.350.000,00 €).

E' stata dunque abrogata la norma che prevedeva l'affidamento con procedura negoziata senza bando con invito di 10 operatori per importi compresi tra 350.000,00 € e 1.000.000,00 € e quella che prevedeva l'invito di 15 operatori per importi compresi tra 1.000.000,00 € e la soglia comunitaria.

Al fine di individuare un quadro chiaro delle procedure applicabili, fino al 30 giugno 2023, alla luce del Decreto Semplificazioni-*bis*, si riporta la seguente tabella, indicando in grassetto le norme applicabili alle procedure avviate dopo il 1° giugno 2021:

	AFFIDAMENTO DIRETTO	PROCEDURA NEGOZIATA SENZA BANDO 5 OPERATORI	PROCEDURA NEGOZIATA SENZA BANDO 10 OPERATORI	PROCEDURE APERTE E RISTRETTE	PROCEDURA COMPETITIVA CON NEGOZIAZIONE O DIALOGO COMPETITIVO
Lavori	Fino a 150.000,00 €	Tra 150.000,01 € - 1.000.000,00 €	Tra 1.000.000,01 € - 5.350.000,00 € (soglia UE)	Oltre soglia UE (con termini ridotti)	Oltre soglia UE (con motivazione)
Servizi e forniture	Fino a 139.000,00 €	Tra 139.000,01 € - 214.000,00 € (soglia UE)		Oltre soglia UE (con termini ridotti)	Oltre soglia UE (con motivazione)
Termine di conclusione e della procedura	Entro 2 mesi	Entro 4 mesi	Entro 4 mesi	Entro 6 mesi	Entro 6 mesi

2. Le proroghe

In aggiunta alle modifiche sopra descritte, l'art. 51 ha anche disposto la **proroga fino al 30 giugno 2023** di numerose disposizioni del precedente D.L. n. 76/2020 relative sia gli affidamenti sotto-soglia, sia quelli sopra-soglia.

2.1. *Procedure sotto-soglia*

Per gli affidamenti sotto-soglia vengono estese fino al 30 giugno 2023 le disposizioni che prevedevano la possibilità per le Stazioni Appaltanti di non richiedere la garanzia provvisoria e l'esclusione automatica delle offerte anomale nel caso in cui il numero di offerte ammesse sia pari o superiore a cinque con criterio di aggiudicazione al prezzo più basso.



2.2. Disposizioni generali (procedure sotto-soglia e sopra-soglia)

L'articolo 51 ha inoltre prorogato fino al 30 giugno 2023 anche l'obbligo di **conclusione delle procedure di affidamento entro (rispettivamente) 2, 4 o 6 mesi**, con previsione, in caso di mancato rispetto del termine, dell'imputabilità del danno a titolo di responsabilità erariale nei confronti del RUP.

Ed analogamente è stata prorogata anche la previsione che limita la responsabilità erariale del RUP ai casi in cui la produzione del danno sia la conseguenza di una condotta dolosa, escludendo quindi la responsabilità per colpa grave.

Inoltre l'articolo 51 ha prorogato al 30 giugno 2023 anche la disposizione che consente l'applicazione dei **termini ridotti per la presentazione delle offerte**, vale a dire:

- per le procedure aperte: 15 giorni a decorrere dalla data di invio del bando di gara per la ricezione delle offerte, anziché 35 giorni;
- per le procedure ristrette un termine non inferiore a 15 giorni (anziché 30 giorni) dalla data di trasmissione del bando di gara per la ricezione delle domande di partecipazione e un termine non inferiore a 10 giorni (anziché 30 giorni) a decorrere dalla data di invio dell'invito a presentare offerte per la ricezione delle offerte).

In ogni caso, come recentemente ribadito (cfr. TAR Sicilia, Catania, sez. I, 14 giugno 2021 n. 1930), il rispetto dei termini ridotti è inderogabile e tali termini devono essere considerati come minimi. Ne discende che l'individuazione di un termine inferiore sarebbe illegittima, con conseguente illegittimità dell'eventuale aggiudicazione disposta e riedizione della procedura di affidamento nel rispetto dei termini minimi previsti per legge. La stazione appaltante deve dunque operare secondo **canoni di proporzionalità** e il termine di scadenza per la presentazione delle proposte deve essere idoneo alla loro corretta e ponderata predisposizione.

2.3. La mancata proroga della "deroga ad ogni disposizione di legge"

Si precisa infine che l'art. 51, comma 2 del D.L. Semplificazioni-bis ha espressamente previsto che la proroga al 30 giugno 2023 non si applica al comma 4 dell'articolo 2 del D.L. n. 76/2020.

In altre parole, **non è stata prorogata** - e dunque vale solo per le procedure avviate fino al 31 dicembre 2021 - la possibilità di **"deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale e dei vincoli UE, per l'affidamento delle attività di esecuzione di lavori, servizi e forniture nonché dei servizi di ingegneria e architettura concernenti l'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, inclusa l'attività di progettazione, e per l'esecuzione dei relativi contratti"**.



3. Le ulteriori proroghe relative alle procedure di gara.

Per completezza si evidenzia che gli articoli 51 e 52 del D.L. n. 77/2021 hanno disposto la **proroga fino al 30 giugno 2023** anche di altre disposizioni che incidono sulle procedure di affidamento avviate dal 1° giugno 2021. In particolare, è stata inoltre prorogata:

- la cd. **“inversione procedimentale”**, vale a dire la possibilità per le Stazioni Appaltanti di analizzare l’offerta economica (e tecnica, ove esistente) prima dell’offerta amministrativa (art. 133, comma 8, D.lgs. 50/2016);
- la possibilità di eseguire le verifiche antimafia e protocolli di legalità attraverso l’**informativa liberatoria provvisoria** (art. 3 D.L. n. 76/2020 conv. in legge n. 120/2020);
- la possibilità per le Stazioni Appaltanti di procedere con la consegna dei lavori in via di urgenza (che è sempre autorizzata) e di prevedere l’obbligo di sopralluogo (art. 8 D.L. n. 76/2020 conv. in legge n. 120/2020).

E’ stato infine **sospeso fino al 30 giugno 2023**, anziché fino al 31 dicembre 2021:

- l’obbligo per i Comuni non capoluogo di Provincia di ricorrere alle centrali di committenza o stazione unica appaltante per l’indizione di procedure di gara (solo per le procedure di affidamento diverse da quelle concernenti gli investimenti del PNRR) (art. 37, comma 4, 1 D.lgs. 50/2016);
- il divieto di appalto integrato (art. 59, comma 1, D.lgs. 50/2016);
- l’obbligo di scegliere i Commissari di gara tra gli iscritti all’Albo istituito presso ANAC (art. 77, comma 3, D.lgs. 50/2016).

Come è noto, il D.L. n. 77/2021 ha inoltre modificato anche la disciplina del subappalto incidendo sia sull’articolo 1 del D.L. Sblocca-Cantieri, sia sull’articolo 105 del Codice dei Contratti, modifiche che saranno oggetto di uno specifico approfondimento.

4. Applicabilità delle procedure “emergenziali”.

In considerazione delle proroghe disposte dal D.L. n. 77/2021 alle disposizioni del (primo) D.L. Semplificazioni n. 76/2020, risulta ancora attuale il dibattito sull’obbligatorietà o meno per le Stazioni Appaltanti di utilizzare delle procedure “emergenziali” individuate da quest’ultimo. Sul punto sono state espresse interpretazioni tra loro divergenti.

A parere del **Ministero delle Infrastrutture** e della Mobilità Sostenibili (cfr. pareri n. 735/2020 e n. 893/2021), in virtù del dato normativo, le procedure individuate dal D.L. Semplificazioni non hanno natura facoltativa, ma **sostituiscono** quelle previste dall’articolo 36 del D.lgs. 50/2016.

In altri termini, secondo il Ministero, le nuove procedure sostituirebbero, ora fino al 30 giugno 2023, quelle contenute all’art. 36 del d.lgs. 50/2016, in quanto *“si tratta di procedure di affidamento più snelle e “semplificate”, introdotte nell’ottica di rilanciare gli investimenti ed accelerare gli affidamenti pubblici”*.

Il Ministero precisa inoltre che non sarebbe comunque precluso il ricorso alle procedure ordinarie, in conformità ai principi di cui all’art. 30 del d.lgs. 50/2016, a condizione però che tale possibilità non sia



utilizzata per finalità dilatorie e pertanto “consiglia” alle Stazioni Appaltanti di dar conto di tale scelta mediante motivazione.

Al contrario, in una recente pronuncia il **TAR Sicilia** ha affermato che *“la persistente vigenza dell'art. 30 del d.lgs. n. 50/2016 determina la perduranza della possibilità di ricorrere in ogni caso alle procedure ordinarie, le quali costituiscono lo strumento di attuazione del buon andamento, dell'imparzialità, ecc..”* (TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 14 maggio 2021 n. 1536).

In particolare, secondo il TAR non essendo stata né revocata né sospesa, la disciplina ordinaria resta quindi comunque applicabile e dunque - contrariamente a quanto sostenuto dal Ministero – non sussiste per le stazioni appaltanti l'obbligo di utilizzare le procedure semplificate (né l'obbligo di esplicitare la motivazione della scelta di aderire ad una procedura ordinaria).

Resta comunque inteso che l'utilizzo delle procedure ordinarie in luogo di quelle emergenziali non deve costituire uno strumento dilatorio in quanto un simile comportamento si porrebbe in contrasto con il fine stesso del D.L. Semplificazioni e cioè quello di *“incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici, nonché nel fine di far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale del Covid-19”* (art. 1, comma 1 e art. 2, comma 1, D.L. n. 76/2020 conv. in legge n. 120/2020).

Al fine di chiarire definitivamente l'obbligatorietà o meno delle procedure emergenziali e l'eventuale esigenza di motivazione, sarebbe in ogni caso auspicabile –anche in sede di conversione in legge del D.L. n. 77/2021- un intervento del legislatore, come tra l'altro già richiesto anche da ANAC.

