

Decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76

Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale.

(G.U. n. 178 del 16 luglio 2020)

Le principali novità in materia di contratti pubblici

6 Agosto 2020

Decreto-legge 16 luglio 2020. 76 - Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale

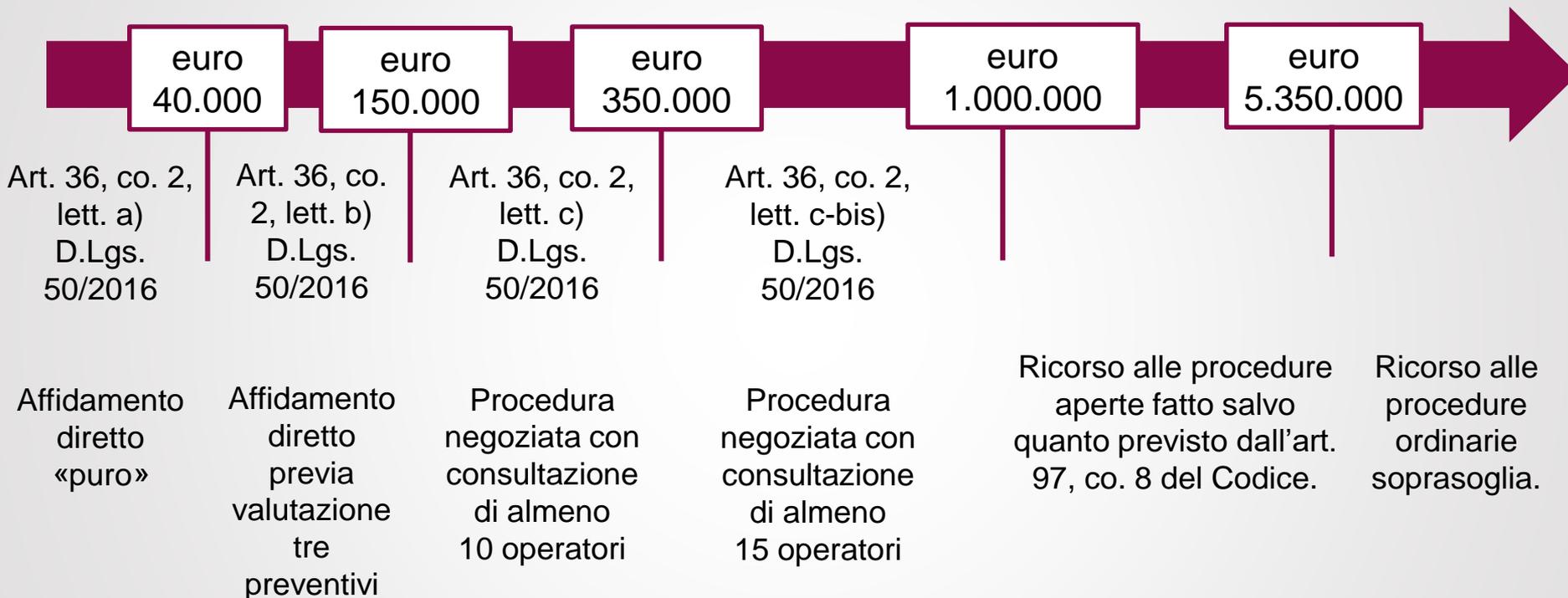
- Procedure per gli affidamenti sottosoglia (Art. 1);
- Procedure per gli affidamenti soprasoglia (Art. 2);
- Semplificazione delle verifiche antimafia (Art. 3);
- Modifiche art. 32 D.Lgs. 50/2016 – Fasi delle procedure di affidamento (Art. 4);
- Sospensione dell'esecuzione dell'opera pubblica (Art. 5);
- Collegio consultivo tecnico (Art. 6);
- Istituzione fondo per la prosecuzione delle opere pubbliche nello stato di previsione del MIT (Art. 7)
- Altre disposizioni urgenti in materia di contratti pubblici (Art. 8).

Proroga al 31.12.2021 delle norme del decreto sblocca cantieri

Proroga fino al 31.12.2021 :

- Della sospensione dell'obbligo di avvalersi di CUC o SUA per comuni non capoluogo (Art. 37 Codice);
- Della liberalizzazione dell'appalto integrato (Art. 59, co. 1 Codice);
- Dell'estensione anche ai settori ordinari della possibilità di inversione procedimentale prevista dall'art. 133, comma 8 del Codice per i Settori Speciali;
- Della sospensione dell'obbligo di scelta dei commissari dall'Albo ANAC (Art. 77, co. 5 Codice).

APPALTI DI LAVORI PRIMA DEL D.L. SEMPLIFICAZIONE



APPALTI DI FORNITURE SERVIZI ORDINARI PRIMA DEL D.L. SEMPLIFICAZIONE

euro
40.000

euro
214.000

Art. 36, co. 2,
lett. a)
D.Lgs.
50/2016

Art. 36, co. 2,
lett. b)
D.Lgs. 50/2016

Ricorso alle
procedure
ordinarie
soprasoglia.

Affidamento
Diretto
«puro»

Affidamento
diretto previa
consultazione di
almeno 5
operatori
economici

APPALTI DI SERVIZI DI CUI all'allegato IX del Codice P prima del D.L. semplificazione

euro
40.000

euro
750.000

Art. 36, co. 2,
lett. a)
D.Lgs.
50/2016

Art. 36, co. 2,
lett. b)
D.Lgs. 50/2016

Ricorso alle
procedure
ordinarie
soprasoglia.

Affidamento
Diretto
«puro»

Affidamento
diretto previa
consultazione di
almeno 5
operatori
economici

APPALTI DI SERVIZI ARCHITETTURA E INGEGNERIA PRIMA DEL D.L. SEMPLIFICAZIONE

euro
40.000

Art. 36, co. 2,
lett. a)
D.Lgs.
50/2016

Affidamento
Diretto
«puro»

euro
100.000

Art. 157, co. 2,
- richiama
Art. 36, co. 2,
lett. b)
D.Lgs. 50/2016

Procedura
negoziata con
consultazione di
almeno 5
operatori
economici

euro
214.000

Art. 157, co. 2,
- richiama
Parte II, Titoli III
e IV del
D.Lgs.50/2016.

Ricorso alla
Procedura
ordinaria
sottosoglia

Ricorso alle
procedure
ordinarie
soprasoglia.

Decreto-legge 16 luglio 2020. 76 - Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale

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

comma 1 «

- Deroga alla normativa in materia di affidamenti sottosoglia;
- discrezionalità nella scelta del criterio di selezione delle offerte nelle procedure negoziate (Contra ANAC);
- esclusione automatica delle offerte anomale in caso di minor prezzo e di numero delle offerte pari o superiore a cinque;
- eccezionalità della richiesta della garanzia provvisoria»

Decreto-legge 16 luglio 2020. 76 - Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale

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

comma 1 « (...) **in deroga** agli **articoli 36, comma 2, e 157, comma 2**, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recante Codice dei contratti pubblici, **si applicano** le procedure di affidamento di cui ai commi 2, 3 e 4, qualora la determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento equivalente **sia adottato entro il 31 luglio 2021** (...) »

La deroga consente la disapplicazione di una norma che tuttavia rimane in vigore.

Decreto-legge 16 luglio 2020. 76 - Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale

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

comma 2 « (...) Fermo quanto previsto **dagli articoli 37 e 38 del decreto legislativo n. 50 del 2016**, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento delle attività di esecuzione

1. di lavori,
2. di servizi e forniture,
3. dei servizi di ingegneria e architettura, inclusa l'attività di progettazione, di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo n. 50 del 2016 secondo le seguenti modalità:»

Decreto-legge 16 luglio 2020. 76 - Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale

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

comma 2 « (...)

a) affidamento diretto per lavori, servizi e forniture di importo **inferiore a 150.000 euro** e, comunque, per servizi e forniture nei limiti delle soglie di cui al citato articolo 35»

**CONTRATTI
SOTTO-SOGLIA**
(Art. 36, co. 1, del Codice)

**Devono rispettare i
principi:**

▪ **di cui all'art. 30, del Codice :**

- economicità, efficacia, tempestività e correttezza.
- libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice.

Il principio di economicità può essere subordinato ai criteri ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico.

▪ **di cui all'art. 34 del Codice:**

inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi adottati con decreto del Ministro dell'ambiente e conformemente, in riferimento all'acquisto di prodotti e servizi nei settori della ristorazione collettiva e fornitura di derrate alimentari, anche a quanto specificamente previsto nell' art. 144.

▪ **di cui all'art. 42 del Codice:**

conflitto di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni, in modo da evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici.

▪ **Rotazione degli inviti e degli affidamenti**

★ **Possibilità di applicare le disposizioni di cui all'art. 50 del Codice:** ★

conflitto di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni, in modo da evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici.

Decreto-legge 16 luglio 2020. 76 - Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale

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

comma 3

« (...) Gli affidamenti diretti possono essere realizzati tramite determina a contrarre, o atto equivalente, che contenga gli elementi descritti nell'articolo 32, comma 2, del decreto legislativo n. 50 del 2016»

ART. 32, comma 2 – D.Lgs. 50/2016 – « 2. 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.

La scelta degli operatori nell'ambito di un affidamento diretto

T.A.R. Marche Ancona Sez. I, 03/12/2018, n. 753 « *Affidamento ex art 36 co. 2 lett. a) D.Lgs. 50/2016 – **legittima la richiesta di preventivi indirizzata ad operatori scelti dall'Amministrazione** – amministrazione non tenuta ad invitare ricorrente (nonostante la formale dichiarazione di interesse in tal senso)*»

(Confermata da **C. di St., V, 3943/2019**)

«A giudizio del Collegio risulta poi irrilevante disquisire su chi fosse il “gestore uscente”, stante il potere ampiamente discrezionale assegnato all'amministrazione nell'individuare l'operatore di propria fiducia. Anche qualora si volesse escludere tale qualificazione in capo alla ricorrente, **l'amministrazione non era comunque tenuta ad invitarla alla trattativa.**

La posizione indifferenziata della ricorrente, rispetto agli altri operatori del settore, rende inoltre irrilevanti le censure riguardanti la dedotta mancanza di criteri, perché anche se tali doglianze dovessero risultare fondate, l'amministrazione ha comunque il potere di fissare nuovi criteri escludenti (se intende procedere nuovamente attraverso gara) o **ha comunque il potere di non stabilire alcun criterio potendo procedere all'affidamento diretto ad altra ditta**»

La scelta degli operatori economici nell'ambito di un affidamento diretto

PARERE M.I.T. 524/2019

DOMANDA

E' corretto per l'affidamento di lavori procedere alla richiesta di tre preventivi **contattando direttamente tre operatori economici**, ovviamente nel rispetto del principio di rotazione, **senza preventivamente fare una manifestazione di interesse ma ricercandoli sul mercato**? L'esito dell'affidamento va comunque pubblicato sul sito?

RISPOSTA

La risposta è affermativa. Relativamente alla nuova formulazione della lettera b) dell'art. 36 a seguito delle modifiche di cui alla legge 14/06/2019 n. 55, la disposizione prevede per i lavori un'ipotesi di affidamento diretto **senza necessità di avviso pubblico**, disponendo la valutazione di tre preventivi, ove esistenti. **L'esito dell'affidamento va pubblicato sul profilo del committente, ai sensi dell'articolo 29 del D. Lgs n. 50/2016 in ottemperanza agli adempimenti in materia di trasparenza.**

Decreto-legge 16 luglio 2020. 76 - Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale

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

comma 2 « (...)

b) procedura negoziata, senza bando, di cui all'articolo 63 del decreto legislativo n. 50 del 2016, previa **consultazione** di almeno **cinque operatori economici**, ove esistenti, **nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, che tenga conto anche di una diversa dislocazione territoriale delle imprese invitate**, individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per **l'affidamento di servizi e forniture di importo pari o superiore a 150.000 euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo n. 50 del 2016 e di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 350.000 euro**, ovvero di almeno dieci operatori per lavori di importo pari o superiore a 350.000 euro e inferiore a un milione di euro, ovvero di almeno quindici operatori per lavori di importo pari o superiore a un milione di euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo n. 50 del 2016.

L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene anche l'indicazione dei soggetti invitati. »

Corte costituzionale Sentenza 27 maggio 2020, n. 98 –

«Incostituzionale la legge della regione Toscana che permette di riservare appalti sotto soglia a PMI con sede legale e operativa nel territorio regionale per non oltre il 50%»

- Trattato UE prevede la libertà assoluta di stabilimento, di impresa, di concorrenza, che comporta l'impossibilità di sottrarre quote di mercato alle aziende, sulla base della territorialità.
- Nessuna di queste considerazioni, tuttavia, risulta idonea a giustificare una norma che, come quella impugnata, non è diretta a favorire le micro, piccole e medie imprese tout court, quanto invece le «micro, piccole e medie imprese con sede legale e operativa nel territorio regionale», nel perseguimento di un obiettivo che altera la concorrenza in contrasto con quanto previsto dalla normativa statale in materia, come sopra illustrato.

Clausola di territorialità ordinanza del Consiglio di Stato - Cons. Stato, III, ordinanza 18 ottobre 2019, n. 5290

Si osserva che

«**la censura inerente la c.d. clausola di territorialità** contenuta nel disciplinare di gara invoca un indirizzo giurisprudenziale formatosi in relazione a clausole di contenuto analogo aventi ad oggetto ambiti territoriali infra-comunali o comunque significativamente ristretti, laddove nel caso di specie l'ambito territoriale (delimitato dall'allegato A) **include il territorio di tre regioni**, sicché **la clausola censurata parrebbe non irragionevole**, secondo gli stessi criteri indicati dalle sentenze della V Sezione di questo Consiglio di Stato n. 2238/2017 e n. 605/2019, anche in relazione all'oggetto specifico dell'appalto (il solo smaltimento dei rifiuti)».

APPLICABILITÀ DELLE LINEE GUIDA ANAC N. 4 ALLE PROCEDURE IN DEROGA

Alla procedura negoziata delineata dalla disciplina in deroga rimangono applicabili, come anche all'affidamento diretto, le Linee Guida n.4, che, in coerenza con i principi richiamati dal comma 1 dell'art. 36 del Codice, compiutamente disciplinano tutta la sequenza procedimentale, dalla fase di interlocuzione con il mercato per la selezione degli operatori economici da invitare (svolgimento di indagini di mercato o consultazione di elenchi) alla stipulazione del contratto.

POSSIBILITÀ DI RICORSO ALLE PROCEDURE ORDINARIE

Resta aperta la questione relativa alla possibilità o meno delle stazioni appaltanti (dapprima espressamente riconosciuta dall'art. 36, comma 2, del Codice) di ricorrere, nell'esercizio della propria discrezionalità, alle procedure ordinarie, ivi compresa quella ristretta, anziché a quelle semplificate introdotte dal dl, qualora le esigenze del mercato suggeriscano di assicurare il massimo confronto concorrenziale.

Sebbene l'art. 2 del D.L. non abbia fatto salva questa facoltà, la perdurante applicabilità dei principi di cui al comma 1 dell'art. 30 induce a ritenere che il regime in deroga non abbia privato le stazioni appaltanti della possibilità di ricorrere a soluzioni aperte alla più ampia concorrenza qualora appaiano le più idonee a soddisfare il proprio fabbisogno, previa adeguata motivazione e ferma restando la necessità di evitare un inutile aggravamento del procedimento.

Decreto-legge 16 luglio 2020. 76 - Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale

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

comma 3

« (...) Per gli affidamenti di cui al comma 2, lettera b) (*n.d.a.: procedure negoziate \geq € 150.000*) , le stazioni appaltanti, nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, **procedono, a loro scelta**, all'aggiudicazione dei relativi appalti, **sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ovvero del prezzo più basso.** (...)»

Art. 36, co. 9 bis D.Lgs. 50/2016 (non derogato): «Fatto salvo quanto previsto all'articolo 95, comma 3, le stazioni appaltanti procedono all'aggiudicazione dei contratti di cui al presente articolo **sulla base del criterio del minor prezzo ovvero sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.**»

Decreto-legge 16 luglio 2020. 76 - Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale

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

comma 3

« (...)

Nel caso di aggiudicazione con il criterio del **prezzo più basso**, le stazioni appaltanti procedono all'**esclusione automatica dalla gara** delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'articolo 97, commi 2, 2-bis e 2-ter, del decreto legislativo n. 50 del 2016, **anche qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque.** »

Decreto-legge 16 luglio 2020. 76 - Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale

Procedura di infrazione n. 2018/2273:

la Commissione europea aveva già evidenziato l'incompatibilità dell'articolo 97, comma 8, del decreto legislativo 50/2016 «ante sblocca cantieri» con le disposizioni UE, in quanto si applica a prescindere dal fatto che l'appalto presenti o meno un interesse transfrontaliero certo e prevede una soglia riferita al numero delle offerte giudicata non sufficientemente elevata. Per superare tali criticità, lo “sblocca cantieri”, ha previsto che l'esclusione automatica possa operarsi **soltanto quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso e comunque per importi inferiori alle soglie di cui all'articolo 35, e per affidamenti che non presentano carattere transfrontaliero.**

Inoltre, è stato previsto che l'esclusione automatica non opera quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci.

Decreto-legge 16 luglio 2020. 76 - Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale - Le nuove regole in materia di danno da ritardo e danno erariale

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

Al comma 1, si precisa che gli affidamenti "in deroga" all'art. 36 sono quelli in cui la determina a contrarre è approvata entro il **31 luglio 2020**.

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 due mesi dalla data di adozione dell'atto di avvio del procedimento nel caso di affidamenti diretti e nel termine di quattro mesi nei casi di procedure negoziate sotto soglia.**

Sussiste anche un termine per le procedure sopra soglia (Art. 2, comma 1), stabilito in sei mesi dall'avvio della procedura con determina a contrarre.

Decreto-legge 16 luglio 2020. 76 - Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale - Le nuove regole in materia di danno da ritardo e danno erariale

Il mancato rispetto dei termini di cui all'art. 1 comma 1 e all'art. 2 comma 1 o anche 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.*

Quindi la norma non prevede un effetto decadenziale degli atti, però è sicuramente un termine acceleratorio .

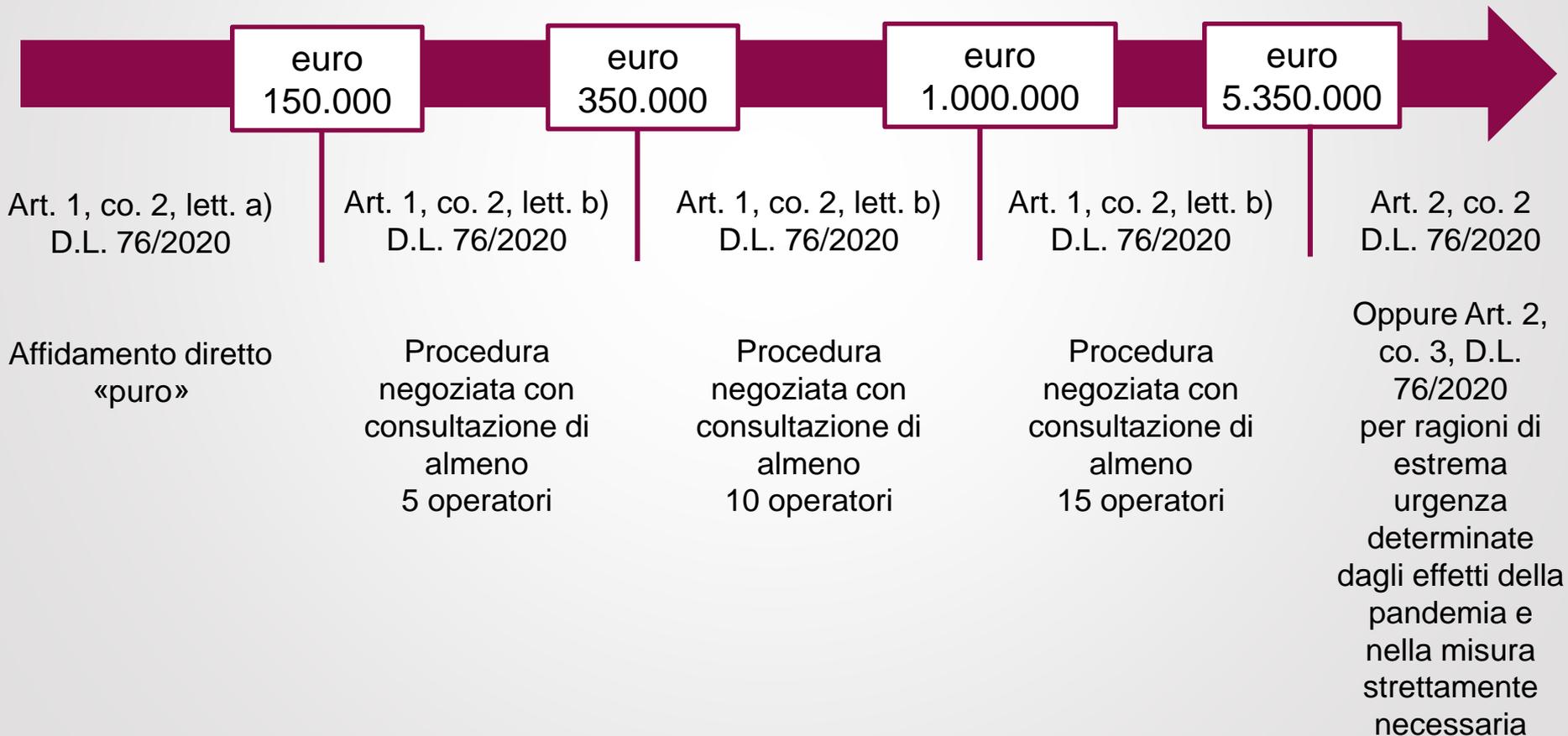
Decreto-legge 16 luglio 2020. 76 - Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale

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

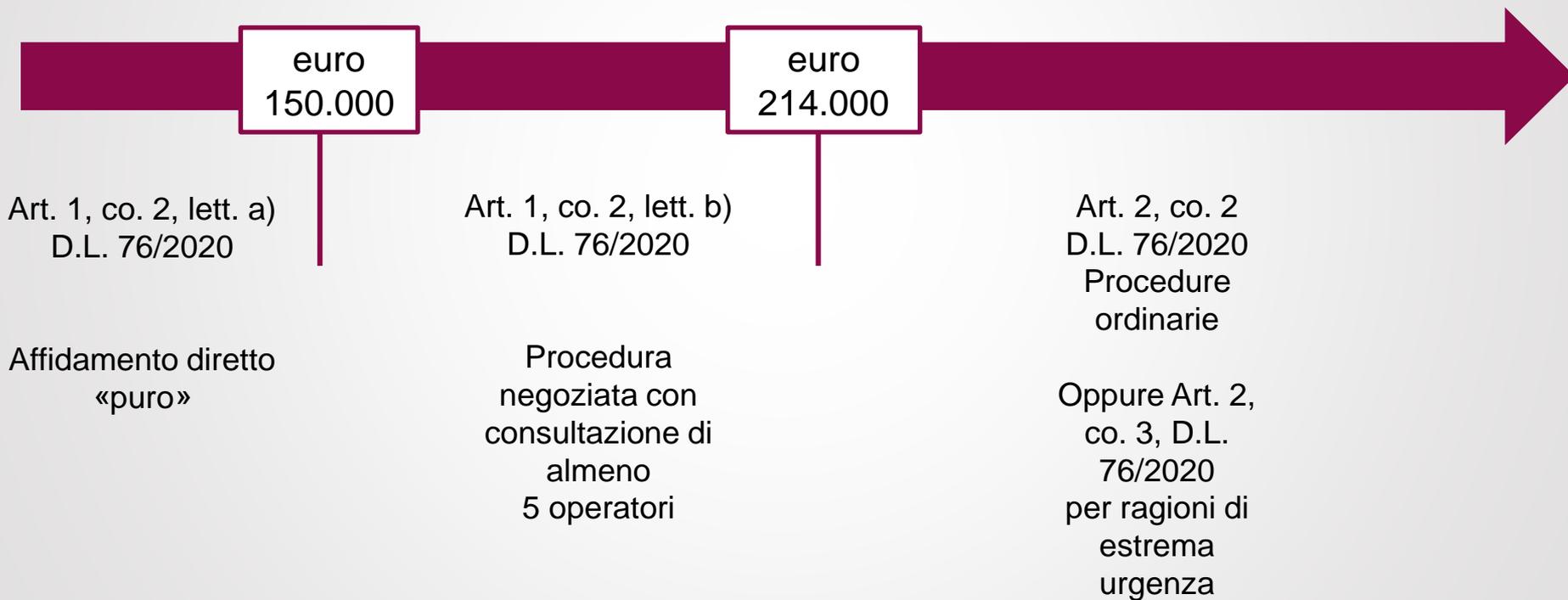
comma 4

« Per le modalità di affidamento di cui al presente articolo **la stazione appaltante non richiede le garanzie provvisorie** di cui all'articolo 93 del decreto legislativo n. 50 del 2016, **salvo che**, in considerazione della tipologia e specificità della singola procedura, **ricorrano particolari esigenze che ne giustifichino la 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.*»

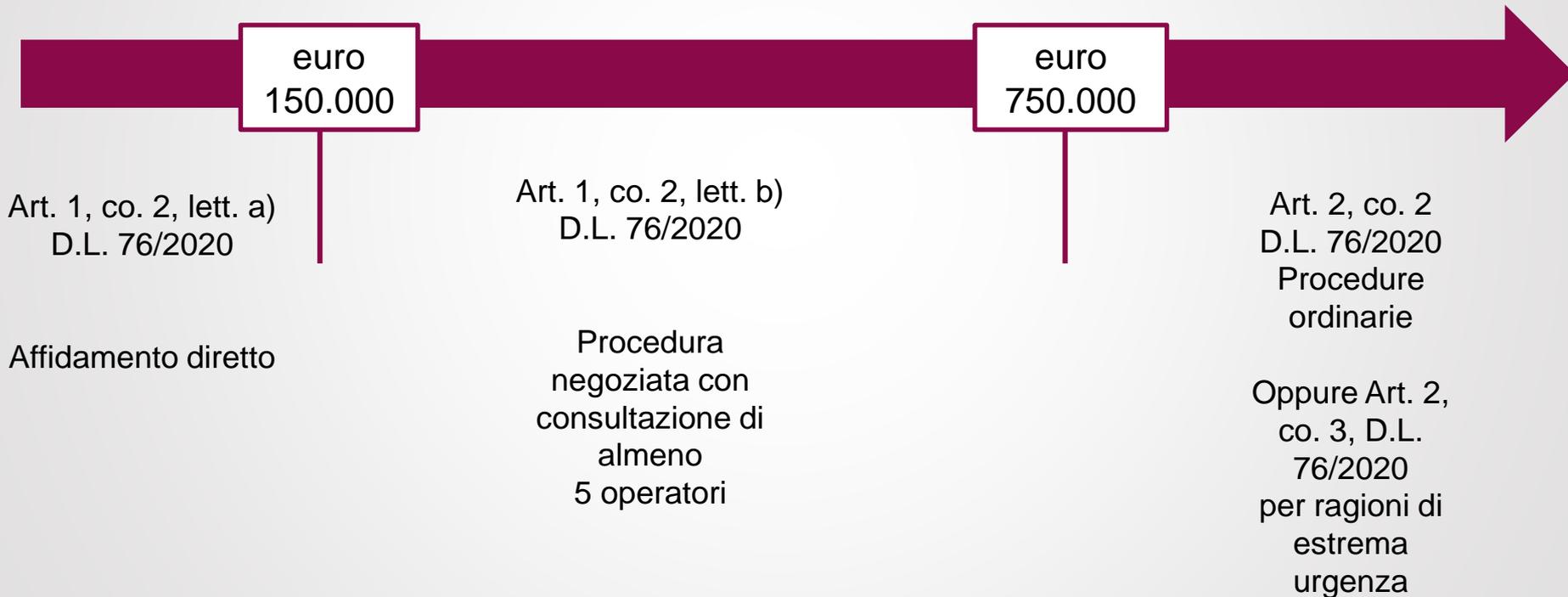
APPALTI DI LAVORI DOPO DEL DECRETO SEMPLIFICAZIONE



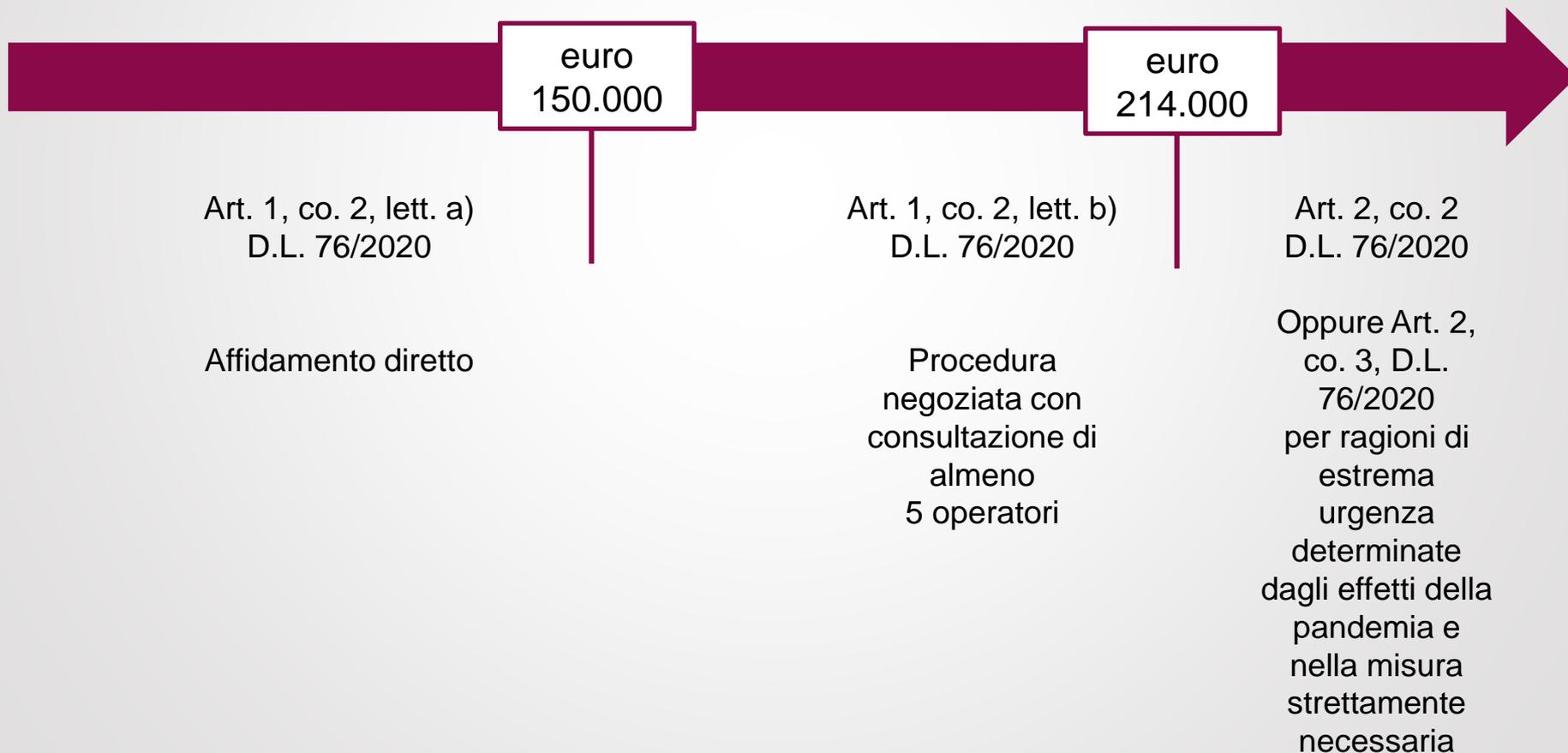
APPALTI DI FORNITURE SERVIZI ORDINARI dopo il D.L. semplificazione



APPALTI DI SERVIZI DI CUI all'allegato IX del Codice P dopo il D.L. semplificazione



APPALTI DI SERVIZI ARCHITETTURA E INGEGNERIA DOPO IL D.L. SEMPLIFICAZIONE



Decreto-legge 16 luglio 2020. 76 - Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale

Art. 2. Procedure per l'incentivazione degli investimenti pubblici in relazione all'aggiudicazione dei contratti pubblici sopra soglia

1. 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, si applicano le procedure di affidamento e la disciplina dell'esecuzione del contratto di cui al presente articolo qualora la determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento equivalente sia adottato entro il 31 luglio 2021. 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.

Rapida conclusione del procedimento con la fissazione di un termine massimo.

Decreto-legge 16 luglio 2020. 76 - Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale

Art. 2. Procedure per l'incentivazione degli investimenti pubblici in relazione all'aggiudicazione dei contratti pubblici sopra soglia

2. Salvo quanto previsto dal comma 3, le stazioni appaltanti procedono all'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 cui all'articolo 35 del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50, **mediante la procedura aperta, ristretta o, previa motivazione sulla sussistenza dei presupposti previsti dalla legge, della procedura competitiva con negoziazione di cui agli articoli 61 (n.d.a.: richiamo improprio all'art. 61) e 62 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).**

- Regola generale per le procedure sopra soglia è quella delle procedure ordinarie.
- Generale possibilità di avvalersi dei termini ridotti per le procedure di urgenza.

Decreto-legge 16 luglio 2020. 76 - Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale

Con riferimento alla riduzione generalizzata dei termini la norma così formulata sembra presentare profili di non conformità al principio di libera concorrenza sancito dal Trattato e richiamato nelle direttive comunitarie in materia di appalti del 2014 ed appare altresì non del tutto coerente con gli indirizzi forniti dalla Commissione europea nella comunicazione 2020/C 108 I/01 in cui, l'emergenza sanitaria dovuta al *Covid-19* è ritenuta una causa di “estrema urgenza” per l'acquisto di beni e servizi (in deroga alle procedure ordinarie) necessari per far fronte nell'immediato all'emergenza stessa (*come i presidi sanitari e in genere gli acquisti di ospedali e istituzioni sanitarie*) e non quale urgenza “generalizzata”, dalla quale derivi la possibilità di applicare i regimi speciali ivi contemplati e la riduzione dei termini, per qualsiasi tipologia di contratto pubblico da aggiudicare e per un arco temporale esteso.

Decreto-legge 16 luglio 2020. 76 - Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale

Art. 2. Procedure per l'incentivazione degli investimenti pubblici in relazione all'aggiudicazione dei contratti pubblici sopra soglia

3. 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 opere di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50, 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 può essere utilizzata nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivanti dagli effetti negativi della crisi causata dalla pandemia COVID-19 o dal periodo di sospensione delle attività determinato dalle misure di contenimento adottate per fronteggiare la crisi, i termini, anche abbreviati, previsti dalle procedure ordinarie non possono essere rispettati.

- **La stazione appaltante dovrebbe comunque fornire adeguata motivazione in ordine all'impossibilità di rispettare i termini (già ridotti) delle procedure diverse da quella negoziata senza bando**

Decreto-legge 16 luglio 2020. 76 - Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale

N.B.: La disposizione in esame rischia, dunque, di presentare dei profili di criticità e di non coerenza con gli indirizzi forniti dalla Commissione europea in relazione all'emergenza sanitaria in corso.

Commissione europea nella comunicazione 2020/C 108 I/01 :

«Poiché le amministrazioni aggiudicatrici derogano in questo caso al principio fondamentale della trasparenza sancito dal Trattato, **la Corte di giustizia esige che il ricorso a questa procedura rimanga eccezionale**. Tutte le condizioni devono essere soddisfatte cumulativamente e interpretate in senso (cfr ad esempio le cause C275/08, Commissione/Germania e C352-12, Consiglio Nazionale degli ingegneri).

Una «procedura negoziata senza previa pubblicazione» consente alle amministrazioni aggiudicatrici di negoziare direttamente con i potenziali contraenti; l'aggiudicazione diretta a un operatore economico preselezionato rimane l'eccezione ed è applicabile se solo un'impresa è in grado di fornire i risultati richiesti nel rispetto dei vincoli tecnici e temporali imposti dall'estrema urgenza. Ogni amministrazione aggiudicatrice dovrà valutare se siano soddisfatte le condizioni per il ricorso a tale «procedura negoziata senza previa pubblicazione» e dovrà giustificare la scelta di detta procedura in una relazione unica. Nella valutazione individuale di ogni singolo caso devono essere soddisfatti i criteri cumulativi illustrati qui di seguito (...)»

Decreto-legge 16 luglio 2020. 76 - Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale

Art. 63, comma 2, lett. c) D. Lgs. 50/2016:

2. Nel caso di appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, la procedura negoziata senza previa pubblicazione può essere utilizzata:

(...)

c. nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati. Le circostanze invocate a giustificazione del ricorso alla procedura di cui al presente articolo non devono essere in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici.

Decreto-legge 16 luglio 2020. 76 - Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale

Art. 2. Procedure per l'incentivazione degli investimenti pubblici in relazione all'aggiudicazione dei contratti pubblici sopra soglia, comma 4 : «*Deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale*»

4. Nei casi di cui al comma 3 e nei settori dell'edilizia scolastica, universitaria, sanitaria e carceraria, delle infrastrutture 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, nonché gli interventi funzionali alla realizzazione della transizione energetica, e per i contratti relativi o collegati ad essi, 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, 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.

Decreto-legge 16 luglio 2020. 76 - Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale

Art. 2. Procedure per l'incentivazione degli investimenti pubblici in relazione all'aggiudicazione dei contratti pubblici sopra soglia, comma 4 : «*Deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale*»

Il quadro normativo richiamato dal comma 4 come vincolante, si articola su tre direttrici:

- disposizioni relative alle verifiche antimafia;
- specifiche disposizioni dell'ordinamento nazionale riferite a principi generali in materia di affidamento di contratti pubblici, conflitto di interesse, criteri ambientali;
- infine i vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione Europea (direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE).

Decreto-legge 16 luglio 2020. 76 - Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale

Art. 2. Procedure per l'incentivazione degli investimenti pubblici in relazione all'aggiudicazione dei contratti pubblici sopra soglia, comma 4 : «*Deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale*»

N.B.: L'art. 26 della direttiva 24/2014/UE - che dispone in materia di scelta della procedura - contiene un rinvio alla normativa nazionale (***“nell'aggiudicazione di appalti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici applicano le procedure nazionali adattate in modo da essere conformi alla presente direttiva”***) per cui in forza di questo rinvio sembrano rivivere le disposizioni della legge nazionale che proprio il comma 4 parrebbe voler derogare.

Decreto-legge 16 luglio 2020. 76 - Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale

Criticità del comma 4 dell' Art. 2. Procedure per l'incentivazione degli investimenti pubblici in relazione all'aggiudicazione dei contratti pubblici sopra soglia

- mancanza nel comma 4 di un richiamo espresso ai principi di Trasparenza;
- difficoltà operative per le stazioni appaltanti nella individuazione della normativa di riferimento;
- criticità relative alla qualificazione degli operatori;
- Incertezze interpretative che possono sorgere in fase di esecuzione;
- Incertezze applicative in tema di subappalto;
- Incertezze applicative relativamente ai poteri in deroga dei commissari straordinari;
- Mancanza di coordinamento con l. 41 del 6 giugno 2020.

Decreto-legge 16 luglio 2020. 76 - Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale

Art. 3. Verifiche antimafia e protocolli di legalità

INTRODUCE MISURE DI SEMPLIFICAZIONE DEI CONTROLLI ANTIMAFIA PER TUTTE LE PROCEDURE DI GARA A PRESCINDERE DALLA LORO CONNESSIONE CON L'EMERGENZA SANITARIA

- Fino al 31.07.2021 possibilità di acquisire informativa liberatoria provvisoria attraverso consultazione della BNDA e delle banche dati di cui al comma 3, con stipula del contratto **sotto condizione risolutiva**.
- In caso di recesso a seguito di interdittiva è fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite.
- Introduzione dell'art. 83bis al d.lgs.159/2011 (previsione di **protocolli di legalità** per la prevenzione e il contrasto dei fenomeni di criminalità organizzata – previsione negli atti di gara dell'esclusione dalla gara o della risoluzione del contratto in caso di mancato rispetto dei protocolli di legalità).

Decreto-legge 16 luglio 2020. 76 - Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale

Art. 4 Conclusione dei contratti pubblici e ricorsi giurisdizionali

- Modifica dell'art. 32 co. 8 del Codice con la previsione dell'**obbligo di concludere il contratto entro 60 giorni**, salva espressa motivazione valutabile ai fini della responsabilità erariale del RUP, e con espressa dichiarazione di irrilevanza della pendenza di ricorso giurisdizionale ai fini della stipula, ferma restando l'applicazione dei commi 9 (stand still sostanziale) e 11 (stand still processuale) del medesimo art. 32;
- le stazioni appaltanti hanno facoltà di stipulare contratti di assicurazione della propria responsabilità civile derivante dalla conclusione del contratto e dalla prosecuzione o sospensione della sua esecuzione;
- è altresì previsto che il giudizio avanti al giudice amministrativo debba definirsi di norma all'esito dell'udienza cautelare se ne ricorrono i presupposti e l'abbreviazione del termine per il deposito della sentenza da 30 a 15 giorni (salvo quando la stesura della motivazione è particolarmente complessa).

Decreto-legge 16 luglio 2020. 76 - Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale

Art. 5 Sospensione dell'esecuzione dell'opera pubblica

1. « Fino al 31 luglio 2021, in deroga all'articolo 107 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, la sospensione, volontaria o coattiva, dell'esecuzione di lavori diretti alla realizzazione delle opere pubbliche **di importo pari o superiore alle soglie** di cui all'articolo 35 del medesimo decreto legislativo, anche se già iniziati, può avvenire, **esclusivamente, per il tempo strettamente necessario al loro superamento, per le seguenti ragioni:**
 - a) cause previste da disposizioni di legge penale, dal codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, nonché da vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea;
 - b) gravi ragioni di ordine pubblico, salute pubblica o dei soggetti coinvolti nella realizzazione delle opere, ivi incluse le misure adottate per contrastare l'emergenza sanitaria globale da COVID-19;
 - c) gravi ragioni di ordine tecnico, idonee a incidere sulla realizzazione a regola d'arte dell'opera, in relazione alle modalità di superamento delle quali non vi è accordo tra le parti;
 - d) gravi ragioni di pubblico interesse».

Decreto-legge 16 luglio 2020. 76 - Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale

Art. 5 Sospensione dell'esecuzione dell'opera pubblica

Nelle ipotesi previste dal comma 1, lettera a), si provvede ai sensi del comma 4

4. «Nel caso in cui la prosecuzione dei lavori, per qualsiasi motivo, ivi incluse la crisi o l'insolvenza dell'esecutore anche in caso di concordato con continuità aziendale ovvero di autorizzazione all'esercizio provvisorio dell'impresa, non possa proseguire con il soggetto designato, la stazione appaltante, previo parere del collegio consultivo tecnico, salvo che per gravi motivi tecnici ed economici sia comunque, anche in base al citato parere, possibile o preferibile proseguire con il medesimo soggetto, dichiara senza indugio, in deroga alla procedura di cui all'articolo 108, commi 3 e 4, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, la risoluzione del contratto, che opera di diritto, e provvede secondo una delle seguenti alternative modalità:

- a) **procede all'esecuzione in via diretta dei lavori**, anche avvalendosi, nei casi consentiti dalla legge, previa convenzione, di altri enti o società pubbliche nell'ambito del quadro economico dell'opera;
- b) **interpella progressivamente** i soggetti che hanno partecipato alla originaria procedura di gara come risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento del completamento dei lavori, se tecnicamente ed economicamente possibile e **alle condizioni proposte dall'operatore economico interpellato**;
- c) **indice una nuova procedura** per l'affidamento del completamento dell'opera;
- d) **propone** alle autorità governative la nomina di un **commissario straordinario** per lo svolgimento delle attività necessarie al completamento dell'opera ai sensi dell'articolo 4 del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 giugno 2019, n. 55. Al fine di salvaguardare i livelli occupazionali e contrattuali originariamente previsti, l'impresa subentrante, ove possibile e compatibilmente con la sua organizzazione, prosegue i lavori anche con i lavoratori dipendenti del precedente esecutore se privi di occupazione.»

Decreto-legge 16 luglio 2020. 76 - Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale

Art. 5 Sospensione dell'esecuzione dell'opera pubblica

Nelle ipotesi previste dal **comma 1, lettere b) e d)** su determinazione del collegio consultivo tecnico di cui all'articolo 6, le stazioni appaltanti o le autorità competenti, previa proposta della stazione appaltante, da adottarsi entro il termine di quindici giorni dalla comunicazione allo stesso collegio della sospensione dei lavori, autorizzano nei successivi dieci giorni la prosecuzione dei lavori nel rispetto delle esigenze sottese ai provvedimenti di sospensione adottati, salvo assoluta e motivata incompatibilità tra causa della sospensione e prosecuzione dei lavori.

Nell'ipotesi prevista dal **comma 1 lettera c)** il collegio consultivo tecnico, entro quindici giorni dalla comunicazione della sospensione dei lavori ovvero della causa che potrebbe determinarla, adotta una determinazione con cui accerta l'esistenza di una causa tecnica di legittima sospensione dei lavori e indica le modalità, tra quelle di cui al comma 4, con cui proseguire i lavori e le eventuali modifiche necessarie da apportare per la realizzazione dell'opera a regola d'arte. La stazione appaltante provvede nei successivi cinque giorni.

Decreto-legge 16 luglio 2020. 76 - Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale

Art. 5 Sospensione dell'esecuzione dell'opera pubblica

La ratio della norma sembra essere quella di ridurre le ipotesi di sospensione dei lavori, rendendo tali ipotesi tipizzate ed eccezionali e, nel contempo, introdurre un meccanismo acceleratorio, che prevede la possibilità di proseguire le lavorazioni, anche mediante la sostituzione dell'appaltatore (comma 4). Tuttavia, le ipotesi tipizzate al comma 1 (lett. a-d) sono individuate attraverso clausole elastiche (vincoli inderogabili di appartenenza alla UE o le gravi ragioni di pubblico interesse), che lasciano alla stazione appaltante, con l'ausilio del collegio tecnico consultivo, la individuazione della concreta casistica applicativa, con potenziali dubbi interpretativi.

Decreto-legge 16 luglio 2020. 76 - Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale

Art. 6 Collegio consultivo tecnico

1. «Fino al 31 luglio 2021 **per i lavori** diretti alla realizzazione delle opere pubbliche di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50, **è obbligatoria**, presso ogni stazione appaltante, la costituzione di un collegio consultivo tecnico, **prima dell'avvio dell'esecuzione, o comunque non oltre dieci giorni da tale data**, con i compiti previsti dall'articolo 5 e con funzioni di assistenza per la rapida risoluzione delle controversie o delle dispute tecniche di ogni natura suscettibili di insorgere nel corso dell'esecuzione del contratto stesso. Per i contratti la cui esecuzione sia già iniziata alla data di entrata in vigore del presente decreto, il collegio consultivo tecnico è nominato entro il termine di trenta giorni decorrenti dalla medesima data.».

Decreto-legge 16 luglio 2020. 76 - Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale

Art. 6 Collegio consultivo tecnico

2. «Il collegio consultivo tecnico è formato, a scelta della stazione appaltante, da tre componenti, o cinque in caso di motivata complessità dell'opera»

3. « Nell'adozione delle proprie determinazioni, il collegio consultivo può operare anche in **videoconferenza** o con qualsiasi altro collegamento da remoto e può procedere ad audizioni informali delle parti 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.

Il collegio può altresì convocare le parti per consentire l'esposizione in contraddittorio delle rispettive ragioni. L'inosservanza delle determinazioni del collegio consultivo tecnico viene valutata ai fini della responsabilità del soggetto agente per danno erariale e costituisce, salvo prova contraria, grave inadempimento degli obblighi contrattuali; l'osservanza delle determinazioni del collegio consultivo tecnico è causa di esclusione della responsabilità del soggetto agente per danno erariale, salvo il dolo. Le determinazioni del collegio consultivo tecnico hanno la natura del lodo contrattuale previsto dall'articolo 808-ter del codice di procedura civile, salva diversa e motivata volontà espressamente manifestata in forma scritta dalle parti stesse. Salva diversa previsione di legge, le determinazioni del collegio consultivo tecnico sono adottate con atto sottoscritto dalla maggioranza dei componenti, entro il termine di quindici giorni decorrenti dalla data della comunicazione dei quesiti, recante succinta motivazione, che può essere integrata nei successivi quindici giorni, sottoscritta dalla maggioranza dei componenti. In caso di particolari esigenze istruttorie le determinazioni possono essere adottate entro venti giorni dalla comunicazione dei quesiti. Le decisioni sono assunte a maggioranza...».

Decreto-legge 16 luglio 2020. 76 - Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale

Art. 8 Altre disposizioni urgenti in materia di contratti pubblici, comma 1 – semplificazione anche per procedure in corso non ancora scadute

- 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 del 2016;
- Possibilità di escludere l'obbligo di sopralluogo quando questo non sia strettamente indispensabile in ragione del tipo di appalto;
- Applicazione dei termini procedurali per ragioni di urgenza di cui agli artt 60 (15 giorni dall'invio del bando per presentare offerte), 62 (10 giorni dall'invito per presentare offerte), 74 (inapplicabilità della proroga di cinque giorni in caso di mancata accessibilità per via elettronica agli atti di gara) del Codice senza obbligo di dar conto delle ragioni di urgenza nell'ambito del provvedimento che dispone la riduzione dei termini.

Decreto-legge 16 luglio 2020. 76 - Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale

Art. 8 Altre disposizioni urgenti in materia di contratti pubblici, comma 2

« 2. In relazione alle procedure disciplinate dal decreto legislativo n. 50 del 2016, **per le quali sia scaduto entro il 22 febbraio 2020** il termine per la presentazione delle offerte, le stazioni appaltanti, fermo quanto previsto dall'articolo 103 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, provvedono all'adozione dell'eventuale provvedimento di aggiudicazione entro la data del 31 dicembre 2020»

Decreto-legge 16 luglio 2020. 76 - Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale

Art. 8 Altre disposizioni urgenti in materia di contratti pubblici

2. «**all'articolo 80, comma 4, il quinto periodo è sostituito dai seguenti:** «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;».

Decreto-legge 16 luglio 2020. 76 - Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale

Art. 8 Altre disposizioni urgenti in materia di contratti pubblici

2. «all'articolo 83, dopo il comma 5 è inserito il seguente: «comma 5-bis. In relazione al requisito di cui al comma 4, lettera c), l'adeguatezza della copertura assicurativa offerta viene valutata sulla base della polizza assicurativa contro i rischi professionali posseduta dall'operatore economico e in corso di validità. In relazione alle polizze assicurative di importo inferiore al valore dell'appalto, **le stazioni appaltanti possono richiedere che l'offerta sia corredata, a pena di esclusione, dall'impegno da parte dell'impresa assicuratrice ad adeguare il valore della polizza assicurativa a quello dell'appalto, in caso di aggiudicazione»**»