

**Gli appalti sotto soglia dopo il decreto “semplificazioni”:
attenzione alle “trappole”**

di Massimo Gentile

E' inutile negarlo: il decreto semplificazioni è destinato a sconvolgere, seppur per un tempo auspicabilmente ristretto, il comparto degli appalti pubblici.

Ciò crea agli operatori del settore qualche preoccupazione, anche in considerazione del sistema di sanzioni che accompagna l'input di fondo del legislatore, ovvero sia quello di incentivare gli investimenti pubblici dando la massima accelerata possibile all'avvio ed esecuzione dei contratti di appalto.

In questa sede, mi soffermerò, ancorché brevemente, su alcune delle novità in materia di procedure di affidamento “sotto soglia”, anche allo scopo di segnalare qualche passaggio del provvedimento che potrebbe nascondere delle insidie.

All'articolo 1, comma 1, del decreto è stabilito che, allo scopo 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 procede, per i contratti “sotto soglia”, in **deroga alle disposizioni di cui al Codice dei contratti** (articolo 36, comma 2, per i lavori, servizi e forniture e articolo 157, comma 2, per i servizi di ingegneria e architettura), applicando “*le procedure di affidamento di cui ai commi 2, 3 e 4*” del medesimo articolo 1.

Condizione essenziale per l'operatività della deroga è l'adozione della “*determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento equivalente*”, **entro la data del 31 luglio 2021**.

Ai sensi dell'articolo 1, comma 2, del decreto in commento, 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 inferiore alle soglie*” di cui all'articolo 35 del Codice, con le seguenti modalità:

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;

b) **procedura negoziata**, senza bando, di cui all'articolo 63 del decreto legislativo n. 50 del 2016, previa consultazione di almeno **cinque 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 Codice 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 predette soglie.

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, aumentati a quattro mesi nei casi di cui al comma 2, lettera b)**” (articolo 1, comma 1).

La prima considerazione da fare è se l'applicazione delle richiamate procedure sia o meno obbligatoria per le stazioni appaltanti.

In altri termini, ci si chiede se una stazione appaltante possa decidere di bandire, comunque, una procedura ordinaria per l'affidamento di un appalto sotto soglia ovvero di attivare una procedura negoziata, nonostante ricorrano le condizioni per l'affidamento diretto.

E' opinione dello scrivente che non sussistono margini per un'applicazione “facoltativa” delle procedure previste nel decreto.

Ciò per almeno **tre ordini di ragione**.

Una prima, legata alla **ratio del provvedimento** normativo che, giova ribadire, è quella di accelerare le procedure di affidamento; *ratio* che sarebbe, quindi, evidentemente frustrata se si consentisse l'applicazione discrezionale di procedure meno “snelle” di quelle ivi stabilite.

Una seconda correlata al **tenore letterale** della parte iniziale del comma 2, laddove è disposto che “*le stazioni appaltanti procedono all'affidamento*”; il carattere è, dunque, evidentemente impositivo, che mal si concilia con l'eventuale attribuzione alle medesime stazioni appaltanti di margini di discrezionalità applicativa.

Vale, peraltro, la pena rilevare che, all'articolo 36 del Codice, è invece fatta espressamente “*salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie*”, a dimostrazione che, allorché il legislatore ha voluto riservare una facoltà applicativa, lo ha previsto in modo chiaro.

Una terza, legata ai diversi **tempi massimi di svolgimento delle procedure** previste al comma 2 (due mesi per l'affidamento diretto e quattro per la procedura negoziata). E' evidente che, consentendo alle stazioni appaltanti di scegliere liberamente la procedura, verrebbe permesso alle stesse di aggirare tali vincoli temporali e, conseguentemente, di neutralizzare le sanzioni stabilite per il mancato rispetto degli stessi.

A tale ultimo riguardo, va, infatti, rimarcato che il mancato rispetto di termini, al pari della mancata tempestiva stipulazione del contratto e del 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” (articolo 1, comma 1, ultimo periodo).*

Tale disposizione merita un'ulteriore e diversa riflessione.

E' notorio che i tempi di svolgimento di una gara sono strettamente legati a fattori che non possono essere confinati in rigidi ed invalicabili perimetri stabiliti a priori.

Uno di questi è, ad esempio, il numero dei partecipanti: un conto è che alla gara rispondano tutti gli invitati, un altro è che risponda solo una parte di essi.

Altro fattore è il criterio di aggiudicazione. Nel caso di gara da aggiudicarsi mediante OEPV, i tempi di svolgimento sono decisamente più lunghi rispetto ad una gara da aggiudicarsi al prezzo più basso. Non solo, ma detti tempi sono destinati ad allungarsi qualora gli elementi di valutazione dell'offerta non siano di tipo “on/off” e, quindi, impongano un'analitica ed attenta valutazione dell'offerta tecnica presentata dai concorrenti.

Infine, il sopralluogo obbligatorio è un altro elemento destinato ad incidere sulla tempistica della procedura.

Considerato che il mancato rispetto dei predetti tempi massimi per addivenire all'aggiudicazione della gara non determina l'automatica responsabilità erariale del RUP, costituendo piuttosto un elemento di valutazione ai fini della individuazione di detta responsabilità, potrebbe essere valutata l'opportunità, da parte delle stazioni appaltanti, di individuare, fin da subito, i presupposti – non governabili a priori – che possono condizionare siffatto rispetto.

Un suggerimento operativo è, ad esempio, quello di specificare, in sede di documentazione di gara o, addirittura, già al momento della determina a contrarre, la tempistica di svolgimento ipotizzata, suddivisa per fasi (ricezione offerte, valutazione, verifica congruità, ecc.), evidenziando gli elementi che condizionano ciascuna di dette fasi ai fini del rispetto dei tempi ipotizzati.

Ulteriore rilievo.

All'articolo 1, comma 2, lettera a) è previsto che, per i servizi e le forniture rientranti "*nei limiti delle soglie di cui al citato articolo 35*", si procede mediante affidamento diretto.

Ciò nonostante, al comma 2, lettera b) è precisato che, "*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***", si utilizza la procedura negoziata con consultazione di almeno cinque operatori economici.

Delle due l'una...

E' opinione di chi scrive che potrebbe trattarsi di una formulazione letterale "infelice" e che l'intendimento del legislatore fosse quello di precisare che, a prescindere dal limite dei 150.000,00 €, non è comunque possibile superare le soglie comunitarie (giòva rammentare che per gli appalti di forniture e servizi di competenza delle amministrazioni centrali la soglia di rilevanza comunitaria è pari ad €139.000,00).

Peraltro, non può essere sottaciuto che sottrarre tutte le gare sotto soglia di servizi e forniture ad un seppur minimo confronto concorrenziale, risulterebbe una scelta legislativa alquanto opinabile.

Per ciò che concerne i criteri di aggiudicazione della procedura negoziata, il comma 3 prevede che le stazioni appaltanti, nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, procedono "*a loro*

scelta” all’aggiudicazione degli appalti “*sulla base del criterio **dell’offerta economicamente più vantaggiosa ovvero del prezzo più basso***”.

Non sussiste, dunque, nessuna preclusione o condizionamento ai fini dell’adozione dell’uno o dell’altro criterio di aggiudicazione, con conseguente massima libertà di scelta al riguardo per la stazioni appaltanti.

L’individuazione del criterio non incide comunque sulla tempistica massima di svolgimento delle procedure di gara che resta sempre la stessa; circostanza quest’ultima che fa ipotizzare una probabile predilezione, da parte delle stazioni appaltanti, del criterio del prezzo più basso che, in linea generale, garantisce tempi più rapidi per addivenire all’aggiudicazione e alla sottoscrizione del contratto di appalto.

Ciò viepiù in considerazione della circostanza che, in relazione al criterio del prezzo più basso, non è nemmeno necessaria la verifica di congruità, trovando applicazione **l’esclusione automatica delle offerte anomale**.

Infatti, nella parte conclusiva del comma 3 è precisato che, 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*”.

L’esclusione automatica delle offerte anomale è, peraltro, già prevista all’articolo 97, comma 8, del Codice per tutte le procedure di gara sotto soglia che “*non presentano carattere transfrontaliero*”. La vera novità del decreto semplificazioni è, dunque, quella di non ritenere siffatto carattere elemento preclusivo all’applicazione dell’automatica esclusione.

Più criptico è l’inciso finale del comma 3, in base al quale l’esclusione automatica opera “*anche qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque*”. Tale precisazione sembrerebbe, tuttavia, essere volta a ridurre il limite per l’applicabilità dell’esclusione automatica dalle dieci offerte previste all’articolo 97, comma 8, del Codice a cinque offerte.

Ultima annotazione.

Per gli affidamenti “sotto soglia” scompare la cauzione provvisoria “*salvo che ricorrano **particolari esigenze** che ne giustifichino la richiesta, che la stazione appaltante indica nell’avviso di indizione della gara o in altro atto equivalente*”.

Ora, è davvero arduo comprendere quali possano essere le “*particolari esigenze*” legittimanti la richiesta della cauzione da parte di una stazione appaltante.

In conclusione, può affermarsi, senza timore di smentita, che con il decreto semplificazione si registrerà una velocizzazione nell’affidamento dei contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria, del tutto sottratti a gare pubbliche e soggetti in buona parte (servizi e forniture addirittura integralmente) ad affidamento diretto.

L’unica garanzia per evitare rischi di “concentrazione” degli appalti nelle mani di poche imprese è il rispetto dei principi di rotazione degli inviti che, come previsto nel decreto semplificazioni, deve tenere conto anche di una “*diversa dislocazione territoriale delle imprese invitate*”.

E’ inutile nascondere che molto dipenderà dai controlli che saranno effettuati al riguardo dai competenti organi.

Troppo poco?

Per sdrammatizzare (ed eludere la domanda) si può rispondere con una frase di un noto comico di qualche anno fa: “*la risposta è dentro di te, però è sbagliata*” ...