

GARE IN 4 TAPPE

GLI ACQUISTI DI BENI E SERVIZI PER LE STRUTTURE DELL'UNIVERSITÀ DI PISA

SECONDA PARTE

Gabriele Tabacco: «Gli affidamenti diretti a seguito del Decreto Semplificazioni»

28 Aprile 2021: Incontro formativo con i colleghi delle strutture che si occupano di appalti

Il Decreto Semplificazioni - finalità

D.L. 16 luglio 2020 n. 76 convertito, con modifiche, nella Legge 11 settembre 2020 n. 120

Finalità delle disposizioni sui contratti pubblici:

Semplificare la normativa vigente al fine di incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici e di fronteggiare le ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento adottate per fronteggiare l'emergenza sanitaria del Covid-19.

Il Decreto Semplificazioni – interventi sui contratti pubblici

Strumenti utilizzati:

- a) modifiche “strutturali” al D.Lgs.n. 50/2016 Codice dei Contratti;
- b) disciplina transitoria ad hoc fino al 31/12/2021;
- c) proroga di disposizioni di semplificazione già in vigore (es. alcune disposizioni del DL “Sblocca cantieri”).

Il 4 agosto 2020 l'ANAC prende atto dell'impostazione del legislatore ma segnala

- L'opportunità di evitare l'adozione della tecnica delle deroghe al Codice dei Contratti Pubblici anche al fine di scongiurare possibili violazioni del diritto euro-unitario;
- sono a disposizione delle stazioni appaltanti disposizioni contenute nel Codice che consentono l'accelerazione e la semplificazione delle procedure di gara.

Riepilogo sulle soglie comunitarie

Euro **5.350.000,00** al netto dell'IVA per appalti di lavori e concessioni

Euro **214.000,00** al netto dell'IVA per appalti di servizi e forniture per le amministrazioni sub-centrali come le Università

Euro **750.000,00** al netto dell'IVA per appalti di servizi sociali e altri servizi specifici

Introduzione di procedure “supersemplificate”

Art. 1 del D.L. n. 76/2020:

disposizioni transitorie di semplificazione dei contratti pubblici sotto le soglie comunitarie, in deroga agli artt. 36, comma 2 e 157 c.2

che già prevedevano procedure semplificate, con l’obiettivo di introdurre “procedure supersemplificate” (così Rosanna De Nictolis – Gli appalti pubblici dell’emergenza sanitaria, Zanichelli, 2021, pag. 239)

Validità temporale: tali semplificazioni si applicano qualora la determina a contrattare o altro atto di avvio del procedimento equivalente sia adottato **entro il 31 dicembre 2021** (quindi la lettera di invito potrebbe essere anche successiva al 31 dicembre 2021)

Due modalità di affidamento

1) AFFIDAMENTO DIRETTO



75.000 € affidamento diretto **servizi e forniture**



150.000 € affidamento diretto **lavori**

2) PROCEDURA NEGOZIATA SENZA BANDO DI CUI ALL' ART. 63 DEL D.LGS. N. 50/2016, PREVIA CONSULTAZIONE DI UN NUMERO MINIMO DI OPERATORI ECONOMICI

ove esistenti, nel rispetto del principio di rotazione degli inviti, che tenga conto di una diversa dislocazione territoriale delle imprese invitate (in sostanza, secondo quanto stabilito dalla sentenza della Corte Costituzionale 27 maggio 2020 n. 98, non possono essere riservate quote di inviti a Ditte locali), **individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici:**

- Almeno 5 operatori per **servizi e forniture** ≥ 75.000 e $< 214.000,00$ €
- Almeno 5 operatori per lavori ≥ 150.000 e < 350.000 €
- Almeno 10 operatori per lavori ≥ 350.000 e < 1 milione di €
- Almeno 15 operatori per lavori ≥ 1 milione e $< 5.350.000,00$ €

Il nuovo affidamento diretto

PRIMA:

art. 36, comma 2 lettera a) del D.Lgs. n. 50/2016 “Codice dei Contratti”:
affidamento diretto fino a Euro 40.000;

ORA:

art. 1, comma 2 lett. a) del DL Semplificazioni:
affidamento diretto fino a Euro 75.000;

RISULTATO:

Semplificazione nella fascia di importi da 40.000 a 75.000 Euro, nella quale prima era richiesta una procedura concorrenziale

Il nuovo affidamento diretto - caratteristiche

Delibera a contrattare: può essere adottata nella forma della c.d. delibera a contrattare semplificata di cui all' art. 32, comma 2, del D.lgs. n. 50/2016, contenente l'oggetto dell'affidamento, l'importo, l'affidatario, le ragioni della scelta dell'affidatario, il possesso da parte sua dei requisiti di carattere generale, nonché il possesso dei requisiti tecnico-professionali ove richiesti.

Principio di rotazione: va comunque rispettato (il principio “fa sì che, in caso di contratti rientranti nel medesimo settore merceologico, categorie di opere e settore di servizi di quello precedente, l'affidamento al contraente uscente conservi carattere eccezionale e richieda un onere motivazionale più stringente”)

Consultazione di un numero minimo di operatori economici: non necessaria anche se “deve continuare a essere considerata una best practice la scelta della stazione appaltante di acquisire informazioni, dati, documenti volti a identificare le soluzioni presenti sul mercato per soddisfare i propri fabbisogni e la platea dei potenziali affidatari e di procedere al confronto dei preventivi di spesa forniti da due o più operatori economici”. (vedi anche documento dell'ANAC del 4 agosto 2020)

Il nuovo affidamento diretto - novità sui termini del procedimento

Termini per la conclusione del procedimento: 2 mesi dall'adozione dell'atto di avvio del procedimento

Tale atto, secondo il documento della Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome 20/239/CR5a/C4 è da rinvenire nella **richiesta di offerta all'operatore economico**, mentre la procedura si conclude con l'adozione della delibera a contrattare in forma semplificata di cui all' art. 32, comma 2, del D.lgs. n. 50/2016 o con l'adozione del provvedimento di aggiudicazione ai sensi dell' art. 32, comma 5, del medesimo D.Lgs.

Eccezione al rispetto dei termini: ipotesi in cui la procedura sia sospesa per effetto di **provvedimenti dell'autorità giudiziaria**

Conseguenze del mancato rispetto del termine di cui sopra (ma anche della mancata stipulazione del contratto e del tardivo avvio dell'esecuzione del contratto):

- possono essere valutati ai fini della **responsabilità del RUP per danno erariale**;
- 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.

Altro termine: entro 60 giorni dall'aggiudicazione efficace (che si ha una volta controllati con esito positivo i requisiti dell'aggiudicatario) **occorre stipulare il contratto**

Eccezione al rispetto del termine: **accordo espresso con l'aggiudicatario** al differimento del termine e purché il differimento sia giustificato con specifico riferimento all'interesse della stazione appaltante e a quello nazionale alla sollecita esecuzione del contratto

Il nuovo affidamento diretto - la garanzia provvisoria

Decreto Semplificazioni: la stazione appaltante **non richiede la garanzia provvisoria** (di cui all'art. 93 del D.-Lgs. n. 50/2016)

Eccezione: salvo che, in considerazione della tipologia e della specificità della singola procedura, non ricorrano particolari esigenze, da indicare nell' avviso di indizione della procedura. Nel caso in cui sia richiesta la garanzia provvisoria il relativo ammontare è dimezzato rispetto a quello previsto dal sopra citato art. 93.

*Sul punto si ricorda la diversa previsione delle Linee guida n. 4 che prevedevano che "In caso di affidamento diretto è **facoltà** della stazione appaltante **non chiedere** la garanzia provvisoria."*

Pubblicazione avviso sui risultati della procedura di affidamento:

NON OBBLIGATORIA

per gli affidamenti diretti di importo inferiore a 40.000 Euro al netto dell'IVA

N.B. Si tratta di una previsione disposta a regime con apposita modifica dell'art. 36, comma 2, lett. a) del D.Lgs. n. 50/2016

E' possibile optare per una procedura concorrenziale sotto i 75.000 euro?

Documento ANAC del 4 agosto 2020 e accreditata dottrina (Rosanna De Nictolis, op. cit., pag. 240): l'istituzione delle procedure supersemplificate di cui al D.L. n. 76/2020 **non preclude il ricorso alle procedure ordinarie e alle altre procedure semplificate** di cui all' art. 36, comma 2, del D.lgs. n. 50/2016.

Motivo: *“la perdurante applicabilità dei principi di cui al comma 1 dell’art. 30 induce a ritenere che il regime in deroga non abbia privato, pur nella situazione eccezionale creatasi a seguito delle misure di contenimento e dell’emergenza sanitaria globale, le stazioni appaltanti della possibilità di ricorrere a soluzioni aperte alla più ampia concorrenza qualora appaiano le più idonee a soddisfare il proprio fabbisogno”* (così il documento ANAC del 4 agosto 2020).

Documento della Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome 20/239/CR5a/C4, contenente indicazioni operative riguardo all' applicazione del D.L. Semplificazioni: **il ricorso a procedure ordinarie** (aperte o ristrette) da parte della stazione appaltante in luogo di quelle supersemplificate, **necessita di un'adeguata motivazione in ordine al rispetto del principio di non aggravamento del procedimento.**

Adempimenti operativi

- inserire la procedura nella **programmazione** biennale degli acquisti di beni e servizi di cui all' art. 21, comma 6, del D.Lgs. n. 50/2016 o in un aggiornamento della stessa;
- acquisire il **CIG (Codice Identificativo Gara)** sul sistema **SIMOG** dell'ANAC e non lo smart-CIG, come avviene per le procedure di importo inferiore a 40.000 Euro, al netto dell' IVA e compilare le relative schede SIMOG, fino alla scheda relativa alla conclusione del contratto.

Art. 8 del D.L. n. 76/2020: introduce disposizioni urgenti in materia di contratti pubblici:

1. alcune riferite alle procedure pendenti e a quelle avviate a decorrere dal 17/7/2020 e fino al 31/12/2021;
2. altre ai lavori e alle forniture e ai servizi in corso di esecuzione;
3. altre a regime.

N.B. si applicano anche agli affidamenti diretti

Altre disposizioni urgenti in materia di contratti pubblici - 1
Disposizioni riferite alle procedure pendenti e a quelle avviate a decorrere dal
17/7/2020 e fino al 31/12/2021

L'esecuzione del contratto in via d'urgenza

Art. 8, comma 1, lett. a): è **sempre autorizzata** la consegna dei lavori in via d'urgenza e, nel caso, di servizi e forniture, **l'esecuzione del contratto in via d'urgenza**, ai sensi dell'art. 32, comma 8, del D. Lgs. n. 50/2016, **nelle more della verifica dei requisiti generali** di cui all'articolo 80 del medesimo decreto legislativo, nonché dei requisiti di qualificazione, ove previsti per la partecipazione alla procedura.

➤ **Vi è quindi deroga espressa all' art. 32, comma 8, del D.Lgs. n. 50/2016, che indica invece i casi tassativi in cui può farsi ricorso all' esecuzione d' urgenza.**

Procedura: una volta disposta l'esecuzione anticipata in via d'urgenza, e aver concluso con esito positivo la verifica dei requisiti, si procede alla formalizzazione dell'affidamento mediante la stipula del contratto.

Altre disposizioni urgenti in materia di contratti pubblici - 2
Disposizioni riferite ai lavori e alle forniture e ai servizi in corso di esecuzione
alla data del 17/7/2020

Art. 8, comma 4, lettera c): il **rispetto delle misure di contenimento dell'emergenza Covid**, ove impedisca, anche solo parzialmente, il regolare svolgimento dei lavori, ovvero la regolare esecuzione dei servizi o delle forniture:

- **costituisce causa di forza maggiore**, ai sensi dell'art. 107, comma 4, del D.Lgs. n. 50/2016, **per la sospensione dell'esecuzione del contratto**;
- qualora impedisca l'ultimazione dei lavori, forniture e servizi nei tempi contrattualmente previsti, costituisce **circostanza non imputabile all'esecutore**, ai sensi dell'art. 107, comma 5 del D.lgs. n. 50/2016, **ai fini della proroga di detto termine ove richiesta**.

In tali casi nulla deve essere comunicato all' ANAC

*Commento: quindi il legislatore del D.L. semplificazioni **ha sostituito alla valutazione caso per caso, da parte della stazione appaltante, della sussistenza delle cause imprevedibili e di forza maggiore che impediscano l'esecuzione del contratto e della dipendenza del ritardo dell' esecutore da cause a lui non imputabili, una valutazione "ex lege", che attribuisce alle circostanze descritte dalla norma il valore di causa legittima di sospensione dell' esecuzione, e di causa non imputabile all' esecutore, a cui viene riconosciuto ex lege il diritto alla proroga. Proroga che però deve pur sempre essere richiesta dall' esecutore"** (così De Nictolis op. cit. pag. 268).*

Altre disposizioni urgenti in materia di contratti pubblici
Disposizioni a regime: violazioni fiscali e contributive-modifica art. 80, comma 4 (slide 1)

Art. 80, comma 4 Codice dei Contratti

(la versione attuale come modificata dal DL Semplificazioni distingue l'esclusione automatica e facoltativa**)**

Un operatore economico è **escluso** dalla partecipazione a una procedura d'appalto se ha commesso violazioni gravi, **definitivamente accertate**, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti. Costituiscono gravi violazioni quelle che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all'importo di cui all' *articolo 48-bis*, commi 1 e 2-bis del *decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602*. Costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione. Costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), di cui al *decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 30 gennaio 2015*, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 125 del 1° giugno 2015, ovvero delle certificazioni rilasciate dagli enti previdenziali di riferimento non aderenti al sistema dello sportello unico previdenziale.

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.

Altre disposizioni urgenti in materia di contratti pubblici
Disposizioni a regime: violazioni fiscali e contributive-modifica art. 80, comma 4 (slide 2)

Struttura della seconda parte della norma (introdotta dal DL Semplificazioni)

Un operatore economico **può** essere **escluso** (*facoltà della stazione appaltante*) dalla partecipazione ad una procedura d' appalto **se ricorrono entrambe queste condizioni:**

- 1) ha commesso violazioni fiscali o contributive gravi** (*superiori a 5.000 Euro per le violazioni fiscali e ostantive al rilascio del DURC per le violazioni previdenziali*),
- 2) ha commesso violazioni fiscali o contributive non definitivamente accertate** (*ovvero **NON** contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione*).

Misura di self cleaning: *“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”.*

Tale disposizione è stata inserita dal legislatore nel Codice dei Contratti Pubblici in seguito ai rilievi formulati dalla Commissione europea con lettera di costituzione in mora del 24/01/2019 per l'infrazione 2018/2273.

Commenti della dottrina giuridica sulla norma

L' **esclusione per violazioni fiscali o contributive gravi non definitivamente accertate** è **“discrezionale”**; secondo autorevole dottrina (De Nictolis op. cit. pag. 43) **“la violazione fiscale o previdenziale rilevante, non definitivamente accertata, è quella che mina la credibilità e affidabilità professionale dell'operatore economico”**.

Sempre secondo la suddetta dottrina (De Nictolis op. cit. pag. 44) **“sembra che vi sia un onere dichiarativo ex lege a carico dell'operatore economico di indicare tutte le violazioni fiscali e previdenziali, anche non definitivamente accertate, e anche non aventi i connotati di gravità secondo la definizione legale, salva poi la valutazione discrezionale della stazione appaltante”**.

Aspetti pratici e modelli

- **necessità di un modello di dichiarazioni integrative al DGUE;**
- **nuovo modello** da utilizzare **per la richiesta di conferma della regolarità fiscale** dell'operatore economico all' Agenzia delle Entrate.

*Vedi allegati alla circolare del Direttore Generale prot. n. 93464 del 9/10/2020
(aggiungere nuovo modello requisiti dichiarazioni integrative)*

Altre disposizioni urgenti in materia di contratti pubblici
Disposizioni a regime: certificato relativo alla congruità dell'incidenza della manodopera

Art. 8, comma 10-bis:

aggiunge al **DURC il certificato relativo alla congruità dell'incidenza della manodopera relativa allo specifico intervento**, secondo le modalità che verranno indicate con un decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali; sono fatte salve le procedure i cui bandi o lettere di invito siano pubblicati o spedite prima della data di entrata in vigore di tale decreto attuativo.

Sistema di monitoraggio degli investimenti pubblici - Il codice CUP

Art. 41 del D.L. n. 76/2020: gli atti amministrativi adottati dalle Amministrazioni pubbliche di cui all' art. 1, comma 2, del D.Lgs. n. 165/2001 (tra cui sono comprese le Università statali), che dispongono il finanziamento pubblico o autorizzano l'esecuzione di progetti di investimento pubblico, **sono nulli in assenza dei corrispondenti codici CUP** (Codice Unico di Progetto), che costituiscono elemento essenziale dell'atto stesso.

Quindi anche per gli affidamenti diretti che riguardano progetti di investimento pubblico è necessario acquisire il CUP.

L' art. 41, comma 2- quater del D.L. 76/2020 prevede inoltre che i soggetti titolari di progetti d' investimento pubblico danno notizia, con periodicità annuale, in apposita sezione dei propri siti web istituzionali dell'elenco dei progetti finanziati, indicandone il CUP, l'importo totale del finanziamento, le fonti finanziarie, la data di avvio del progetto e lo stato di attuazione finanziaria e procedurale.

Per informazioni e approfondimenti

GARE@UNIFI.IT

Grazie dell'attenzione!