



Stefano Usai

Affidamento diretto e procedure negoziate

dopo la conversione del decreto “semplificazioni”

► Le procedure in deroga e le procedure ordinarie

- Le Linee guida ANAC n. 4
- La disciplina della rotazione e dell’adeguata distribuzione territoriale
- Lo svolgimento delle indagini di mercato informali e formali con avviso pubblico
- La predisposizione dell’albo dei fornitori
- I compiti del RUP
- La composizione della commissione di gara nel periodo transitorio

Modulistica online

- › Schema di regolamento per le acquisizioni di lavori, beni e servizi nel sotto soglia comunitario adeguato al D.L. 76/2020 convertito dalla L. 120/2020
- › Schema di regolamento per l’individuazione e la nomina del presidente e dei componenti della commissione di gara nel periodo transitorio

III Edizione aggiornata al:

- D.L. 76/2020 conv. dalla L. 120/2020 (Decreto Semplificazioni)

© Copyright 2021 by Maggioli S.p.A.

Maggioli Editore è un marchio di Maggioli S.p.A.

Azienda con sistema di gestione qualità certificato ISO 9001:2015

47822 Santarcangelo di Romagna (RN) • Via del Carpino, 8

Tel. 0541/628111 • Fax 0541/622595

www.maggiolieditore.it

e-mail: clienti.editore@maggioli.it

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento, totale o parziale, con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.

L'Autore e l'Editore declinano ogni responsabilità per eventuali errori e/o inesattezze relativi all'elaborazione dei testi normativi e per l'eventuale modifica e/o variazione degli schemi e della modulistica allegati.

L'Autore, pur garantendo la massima affidabilità dell'opera, non risponde di danni derivanti dall'uso dei dati e delle notizie ivi contenuti.

L'Editore non risponde di eventuali danni causati da involontari refusi o errori di stampa.

Finito di stampare nel mese di gennaio 2021
nello stabilimento Maggioli S.p.A.
Santarcangelo di Romagna

(per mio padre Mario)

*Il tuo melograno nano... ora smisurato
e, sai già, non saprei stargli dietro
io che mi smarrisco da fermo,
perdo chiavi e nomi.*

*Che strazio, adesso, la sera
quando sento il giorno schiantato
dal buio e sfioro la tua casa.*

*Mi manca, davvero,
lo scambio di ironia,
che mi rimane appesa,
e che riconosco tua.*

*E vorrei tornare a quel "respira"
per provare a cambiare tutto
per trovare altre parole.*

Indice

<i>Premessa alla I edizione</i>	Pag. 11
<i>Premessa alla II edizione</i>	» 13
<i>Premessa alla III edizione</i>	» 15

Parte I

II RUP e le deroghe/modifiche apportate dalla legge 120/2020 (con particolare riferimento al sotto soglia comunitario)

1. Le disposizioni emergenziali	» 19
1.1. Premessa	» 19
1.2. Obiettivi e tempo di aggiudicazione	» 22
1.3. La responsabilità	» 25
2. Le procedure emergenziali	» 29
2.1. L'affidamento diretto	» 29
2.1.1. La procedura.....	» 32
2.1.2. Affidamento diretto e la determina a contrarre semplificata.....	» 34
2.1.3. Le questioni istruttorie	» 35
3. Le procedure negoziate emergenziali	» 39
3.1. Le procedure negoziate	» 39
3.2. La scelta degli appaltatori da far competere.....	» 46
3.2.1. La rotazione e la dislocazione territoriale	» 48
3.2.2. L'avviso di trasparenza	» 49
3.2.3. Avviso di trasparenza per la procedura negoziata anche del sopra soglia.....	» 52
3.2.4. L'avviso sui risultati	» 53
3.2.5. Criteri di aggiudicazione nel sotto soglia.....	» 54
4. I criteri di aggiudicazione	» 55
4.1. Determinazione unica e criteri di aggiudicazione.....	» 55
4.1.1. L'esclusione automatica	» 56
5. La cauzione diventa facoltativa nel sotto soglia	» 58
5.1. Semplificazioni in tema di cauzione	» 58
5.2. Generalizzazione delle procedure in deroga.....	» 59
5.3. Raggruppamenti temporanei.....	» 60
5.4. Le verifiche antimafia	» 60
5.5. Le disposizioni vigenti.....	» 62
5.6. In tema di erogazione di fondi e altre agevolazioni	» 65

5.7.	L'informativa liberatoria per i contratti	Pag. 65
5.8.	Le modifiche al Codice antimafia	» 66
6.	Sulla stipula del contratto	» 69
7.	Il Collegio consultivo tecnico	» 72
7.1.	Il collegio consultivo come strumento deflativo del contenzioso	» 72
7.2.	La composizione del collegio	» 74
7.3.	Le decisioni del collegio	» 75
7.4.	Il collegio facoltativo ed il collegio con compiti sulla fase antecedente alla esecuzione del contratto	» 78
7.5.	Lo scioglimento, i compensi e le incompatibilità	» 79
7.6.	Abrogazione di norme dello "Sblocca cantieri"	» 81
8.	Altre modifiche al Codice dei contratti	» 82
8.1.	Altre modifiche al Codice dei contratti	» 82
8.2.	La clausola sociale è obbligatoria anche nel sotto so- glia comunitario	» 89
8.3.	L'implementazione dei motivi di esclusione	» 91
8.4.	Un livello adeguato di copertura assicurativa.....	» 93
8.5.	Estensione delle sospensioni previste dalla legge "Sblo- cca cantieri"	» 95
8.6.	La regolarità del DURC	» 103

Parte II

Affidamento diretto e procedure negoziate

1.	Il previsto superamento delle linee guida ANAC n. 4..	» 107
1.1.	La natura delle linee guida tra vincolo e facoltà del RUP.....	» 115
1.2.	Lo scostamento dalle indicazioni delle linee guida	» 116
2.	L'ambito applicativo delle linee guida	» 120
3.	Le indicazioni istruttorie (per il RUP).....	» 122
4.	La base d'asta e la disciplina della programmazione obbligatoria.....	» 124
5.	La programmazione nel d.m. n. 14/2018	» 129
6.	Opere di urbanizzazione a scomputo	» 147
7.	I principi comuni dell'affidamento semplificato	» 148
8.	Il principio di rotazione	» 154



9. La rotazione, le linee guida e la giurisprudenza.....	Pag. 157
9.1. Le precisazioni sull'ambito applicativo della rotazione	» 158
9.2. La questione della deroga	» 162
9.3. Le fasce di importo.....	» 163
9.4. Comportamenti da evitare	» 164
10. Gli interventi giurisprudenziali in tema di rotazione...	» 180
11. Le clausole sociali	» 194
12. Ulteriori indicazioni istruttorie.....	» 202
13. Trasparenza, pubblicità ed anticorruzione.....	» 203
14. L'affidamento diretto dopo il d.l. 76/2020	» 208
15. Il procedimento	» 215
16. La questione della determinazione semplificata	» 219
17. I requisiti generali e speciali	» 224
18. La verifica dei requisiti nell'ambito dei 40mila euro ..	» 227
18.1. Le verifiche per appalti fino a 5mila euro.....	» 227
18.2. Le verifiche per appalti superiori ai 5mila euro e inferiori ai 20mila	» 228
18.3. Le verifiche per appalti di importo superiore ai 20mila euro e inferiore ai 40mila.....	» 228
18.4. Le modifiche apportate all'articolo 80 dalla legge 55/2019 e dalla legge 120/2020.....	» 229
18.4.1. Le modifiche apportate al comma 2 dell'articolo 80.....	» 230
18.4.2. Le modifiche apportate al comma 3 dalla legge 55/2019	» 231
18.4.3. La questione della regolarità contributiva tra il d.l. 32/2019, la legge 55/2019 e la legge 120/2020	» 234
18.4.4. Le modifiche apportate al comma 5 dell'articolo 80.....	» 237
18.4.5. La modifica del comma 10 e l'introduzione del comma 10- <i>bis</i>	» 238
19. Le acquisizioni di beni e servizi comprese tra i 40mila ed il sotto soglia e di lavori compresi tra i 40mila ed importo inferiore ai 150mila euro	» 243
19.1. Premessa	» 243
19.2. La semplificazione	» 244
19.3. Le specifiche modifiche.....	» 245
19.4. La determinazione a contenuto semplificato anche nell'affidamento diretto mediato	» 246

19.5. La questione della rotazione (nei lavori) e dell'adeguata dislocazione territoriale degli inviti	Pag. 247
19.6. La scelta sul procedimento da adottare	» 249
19.7. La procedura.....	» 250
19.8. Le acquisizioni di beni e servizi nella lettera <i>b</i>), secondo comma, art. 36 dopo la legge di conversione del decreto "Sblocca cantieri"	» 252
20. La questione della disciplina dell'indagine di mercato (valida anche per il periodo emergenziale)	» 255
21. Lo svolgimento delle indagini di mercato.....	» 260
22. Gli atti che precedono l'avviso pubblico per l'indagine di mercato (o le indagini di mercato in altre forme)....	» 262
23. Ulteriori indicazioni per presidiare l'indagine di mercato	» 272
24. L'elenco dei prestatori/fornitori	» 273
25. I rapporti tra rotazione ed albo dei fornitori (e la dislocazione territoriale quale criterio introdotto dai provvedimenti emergenziali per le procedure negoziate nel sotto soglia).....	» 279
26. La dichiarazione sul possesso dei requisiti richiesti	» 282
27. La pubblicazione dell'elenco sul sito web della stazione appaltante	» 284
28. La competizione	» 286
29. La lettera di invito	» 288
30. Le sedute di gara, la commissione ed il RUP	» 309
30.1. Le modifiche in tema di nomina della commissione di gara.....	» 309
30.2. Le commissioni di gara dopo le leggi 55/2019 e 120/2020: individuazione e nomina dei commissari	» 312
30.2.1. Le conseguenze pratiche della sospensione.....	» 312
30.2.2. La predisposizione di una disciplina preventiva	» 313
30.2.3. Le dinamiche che deve seguire il RUP	» 314
30.2.4. La scelta di dirigenti/funzionari di amministrazioni aggiudicatrici.....	» 315
30.2.5. La nomina della commissione di gara.....	» 316


31. La stipula del contratto	Pag. 324
32. Pubblicità e trasparenza	» 325
33. La procedura negoziata per l'affidamento senza pubblicazione di bando dopo la legge 55/2019: le ipotesi di cui all'art. 36, comma 2, lettere c) e c-bis)	» 326
33.1. Premessa	» 326
33.2. La questione delle indagini di mercato	» 328
33.3. La sentenza	» 328
33.4. Le modifiche apportate dalla legge 55/2019	» 328
33.5. La questione pratica	» 329
33.6. Il caso trattato nella sentenza	» 329
33.7. Il richiamo alla procedura negoziata senza bando nell'articolo 36	» 330
33.8. L'espletamento dell'indagine di mercato (a cura del RUP)	» 331
33.9. Le ragioni del richiamo alla procedura negoziata senza pubblicazione del bando	» 332
33.10. La tesi di una "intensa" motivazione anche per i procedimenti <i>ex art. 36</i> del Codice.....	» 333
33.11. Le modalità dell'indagine di mercato	» 333
33.12. La norma sulle indagini informali.....	» 334

APPENDICE

• Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 – Codice dei contratti pubblici (<i>allegato IX</i>)	» 339
• Delibera ANAC 26 ottobre 2016, n. 1097 – Linee guida n. 4, di attuazione del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recanti "Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici"	» 342
• Decreto Ministero delle infrastrutture e dei trasporti 16 gennaio 2018, n. 14 – Regolamento recante procedure e schemi-tipo per la redazione e la pubblicazione del programma triennale dei lavori pubblici, del programma biennale per l'acquisizione di forniture e servizi e dei relativi elenchi annuali e aggiornamenti annuali.....	» 359
• Circolare Ministero delle infrastrutture e dei trasporti 5 luglio 2019, prot. n. 17649 – Note esplicative relative all'applicazione del nuovo metodo di aggiudicazione ai sensi dell'art. 97, comma 2 del d.l. 32/2019	» 378
• Circolare Ministero delle infrastrutture e dei trasporti 18 novembre 2020, prot. n. 45113 – Decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, recante "Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale", convertito con modificazioni dalla legge 11 settembre 2020, n. 120	» 382

- **Schema di regolamento per le acquisizioni di lavori, beni e servizi nel sotto soglia comunitario adeguato alla legge 120/2020 di conversione del d.l. 76/2020 (di cui all'art. 36 del Codice e alle linee guida ANAC n. 4)**  Pag. 389
- **Schema di regolamento per l'individuazione e la nomina del presidente e dei componenti delle commissioni di gara**  » 402

Avvertenza

Gli schemi con il simbolo  sono scaricabili seguendo le indicazioni riportate in fondo al volume. I file sono in formato personalizzabile e stampabile.

Premessa alla I edizione

La presente monografia è dedicata al commento pratico delle linee guida ANAC n. 4, come di recente adeguate con la deliberazione n. 206/2018.

L'atto di regolazione adottato dall'Autorità anticorruzione introduce modelli virtuosi di comportamento del RUP e delle stazioni appaltanti esplicitando il contenuto delle norme di cui all'articolo 36 del Codice dei contratti, riferito agli acquisti nel sotto soglia (servizi e forniture) ed ultra sotto soglia per i lavori.

Il tentativo di esplicitare certi concetti esige però anche l'approccio pratico per meglio comprendere come, nel momento dell'applicazione concreta, le procedure semplificate debbano essere non solo "pensate" e sviluppate, ma verificate nelle potenziali conseguenze nell'utilizzo di concetti cardine come quello della rotazione.

Pertanto, il volume analizza ogni aspetto delle linee guida, rapportato alle norme codicistiche ed alla giurisprudenza che si è espressa in materia, per chiarire l'applicazione delle varie previsioni sotto il profilo pratico-operativo, in particolare:

- la portata delle modifiche delle linee guida determinate dal decreto legislativo correttivo n. 56/2017 e dalle indicazioni del Consiglio di Stato;*
- le questioni poste dal recente decreto sulla programmazione dei lavori e delle forniture e servizi;*
- le indicazioni istruttorie del RUP;*
- le implicazioni della rotazione e l'ambito di deroga come previsto dall'ANAC e dalle prime indicazioni giurisprudenziali;*
- le differenze tra gli adempimenti della trasparenza, pubblicità e anticorruzione;*
- la progettazione e la conduzione dei procedimenti di acquisto;*
- lo svolgimento delle indagini di mercato;*
- la predisposizione e scelta dall'albo dei fornitori/prestatori;*
- la questione della nomina e costituzione della commissione di gara ed i rapporti con il RUP;*
- le prerogative del RUP anche alla luce delle indicazioni contenute nei bandi-tipo dell'ANAC;*
- la predisposizione degli inviti al procedimento contrattuale e le verifiche sul possesso dei requisiti.*

Infine, si propongono due schemi di regolamento per la nomina della commissione di gara e per le acquisizioni in ambito sotto soglia (e quindi per l'applicazione concreta delle disposizioni contenute nelle linee guida n. 4 e nell'articolo 36 del Codice).

L'Autore

Premessa alla II edizione

Il volume, giunto alla sua II edizione, si focalizza sui “micro” procedimenti di cui all’articolo 36 del Codice dei contratti e quindi sulle fattispecie dell’affidamento diretto “puro”, dell’affidamento diretto “mediato” dalla verifica/confronto di preventivi/offerte tecnico-economiche e delle procedure negoziate, ora dalla legge 55/2019, senza pubblicazione di bando di gara. Tali procedimenti vengono analizzati alla luce delle modifiche apportate dalla legge 55/2019 (di conversione, con profonde modifiche, del d.l. 32/2019) e quindi del sistema normativo di recente introduzione noto come “Sblocca cantieri”. Si tiene conto anche delle disposizioni previste nella legge di bilancio 145/2018.

Viene analizzato, come già nella precedente edizione, l’intero percorso istruttorio/propositivo che il responsabile unico del procedimento deve presidiare in relazione agli acquisti sotto soglia comunitaria e vengono esplicitati l’ambito normativo dell’articolo 36 del Codice ed i vari riferimenti correlati, in primo luogo le linee guida ANAC n. 4, considerate anche alla luce della parziale revisione intervenuta con la recente deliberazione n. 636 del 10 luglio 2019.

Si è cercato, quindi, di ribadire una considerazione pratico-operativa dei vari adempimenti che devono essere attuati nei procedimenti sotto soglia comunitaria.

L’atto di regolazione adottato dall’Autorità anticorruzione – le linee guida n. 4 – con i previsti modelli virtuosi di comportamento costituisce il filo conduttore della monografia anche considerando i tempi, presumibilmente lunghi, di adozione di un nuovo regolamento attuativo del Codice dei contratti (come previsto nella legge 55/2019).

Anche in questa occasione si è cercato di esplicitare il dato normativo e di “prassi” delle linee guida, alla luce anche delle riflessioni maturate nella giurisprudenza più recente.

Pertanto, il volume, aggiornato anche ai d.m. 1° marzo e 1° agosto 2019 in tema di contabilità armonizzata, analizza ogni aspetto del procedimento amministrativo da condurre nelle acquisizioni del sotto soglia alla luce di quanto espresso nelle linee guida, rapportato alle norme codicistiche ed alla giurisprudenza che si è espressa in materia, per meglio chiarire l’applicazione delle varie previsioni sotto il profilo pratico-operativo.

In particolare, sono oggetto di considerazione e analisi:

- le profonde modifiche apportate dalla legge 55/2019 in tema di procedimenti di acquisto;*
- la riscrittura delle cause di esclusione (art. 80 del Codice dei contratti);*
- le modifiche in tema di nomina di commissione di gara;*
- i recenti approdi in tema di competenza del RUP e di partecipazione ai lavori della commissione di gara;*

- le indicazioni giurisprudenziali in tema di rotazione anche negli acquisti sul mercato elettronico;
- le questioni poste dal recente decreto sulla programmazione dei lavori e delle forniture e servizi;
- lo svolgimento delle indagini di mercato e le implicazioni della mancata pubblicazione dell'avviso pubblico ove ciò sia necessario;
- la predisposizione e la scelta dall'albo dei fornitori/prestatori;
- le prerogative del RUP anche alla luce delle indicazioni contenute nei bandi-tipo dell'ANAC;
- la predisposizione degli inviti al procedimento contrattuale e le verifiche sul possesso dei requisiti.

Vengono inoltre aggiornati alla luce della recente normativa i due schemi di regolamento per la nomina della commissione di gara in regime di sospensione (fino al 31 dicembre 2020) dell'operatività dell'albo e per le acquisizioni in ambito sotto soglia (e quindi per l'applicazione concreta delle disposizioni contenute nelle linee guida n. 4 e nell'articolo 36 del Codice).

L'Autore

Premessa alla III edizione

La terza edizione del volume si presenta strutturata, ed era necessario, in due parti: la prima parte dedicata alle novità introdotte dai recenti provvedimenti emergenziali (d.l. 76/2020 e legge di conversione 120/2020) nel sotto soglia comunitario; la seconda parte tiene ferma l'impostazione del commento delle norme codicistiche, ovviamente con le opportune integrazioni dovute non solo ai provvedimenti emergenziali ma anche ai recenti interventi della giurisprudenza, del MIT e della stessa ANAC. Ovviamente, vengono mantenuti ed aggiornati il commento alle linee guida ANAC e l'adeguamento degli schemi di regolamento in tema di nomina di commissioni di gara e delle acquisizioni nell'ambito del sotto soglia comunitario.

Per quanto concerne la prima parte, come si annotava, questa si struttura in modo, se vogliamo, anche nuovo con le sezioni delle questioni istruttorie che si pongono al RUP nel momento in cui procede con l'applicazione delle deroghe e delle nuove disposizioni. Vengono analiticamente affrontati i vari aspetti presenti nel d.l. 76/2020 convertito in legge 120/2020 e, in particolare, le dinamiche e le prerogative determinate dalle deroghe e dall'accorpamento delle procedure di acquisizione nell'affidamento diretto – esteso infra 75mila euro per servizi e forniture e infra 150mila euro per i lavori – e quindi le procedure negoziate ora estese, almeno fino al 31/12/2021, all'interno sotto soglia comunitario.

L'analisi viene condotta alla luce anche delle prime considerazioni espresse già in fase di relazione illustrativa del provvedimento, dei recentissimi pareri del servizio di consulenza giuridica del MIT, degli interventi della stessa autorità anticorruzione (si allude in particolare al commento del 3 agosto sul d.l. 76/2020) e dei primi pareri. Si registrano anche i primi interventi del giudice amministrativo e il primo intervento della sezione della Corte dei conti del Veneto.

Per quanto concerne la seconda parte, questa si sostanzia nel commento all'attuale impianto codicistico tenendo conto delle deroghe introdotte dalla legge 120/2020 con analisi condotta alla luce delle indicazioni fornite dall'ANAC, oltre che in sede di parere, anche con le linee guida n. 4 (espressamente dedicate al sotto soglia comunitario) la cui perdurante vigenza è stata ribadita nel già citato documento del 3 agosto 2020. Inoltre, si anticipano alcune novità di rilievo del predisponendo regolamento attuativo giunto alla sua terza versione.

L'Autore

Parte I

Il RUP e le deroghe/modifiche apportate dalla legge 120/2020 (con particolare riferimento al sotto soglia comunitario)

1. Le disposizioni emergenziali

1.1. Premessa

Con legge n. 120/2020, in vigore dal 15 settembre 2020, viene convertito, con modifiche, il d.l. c.d. “Semplificazioni” (d.l. 76/2020, nel prosieguo solo d.l.) che, come oramai piuttosto noto, introduce deroghe e modifiche strutturali al Codice dei contratti. Deroghe, in particolare, in tema di procedimenti di affidamento nel sotto soglia comunitario (soglie riassunte nell’articolo 35 del Codice).

Il d.l., ma soprattutto la legge di conversione, abbraccia un contenuto piuttosto ampio venendo a toccare, per quanto concerne gli appalti, anche il sopra soglia e, oltre tale ambito, la legge 241/90, l’edilizia ed infine – riassumendo – anche il codice della strada. Aspetto quest’ultimo che ha determinato i rilievi esplicitati nella lettera del Presidente della Repubblica all’atto della firma del provvedimento di conversione.

E proprio prendendo spunto dalla lettera in parola, al netto dei rilievi su cui in questa sede non interessa entrare, è possibile esprimere una prima considerazione per comprendere la portata (e la *ratio*) delle disposizioni fissate dal legislatore “dell’emergenza”. Nel documento appena citato si legge che *“il decreto-legge”* da convertire *“intende corrispondere alla duplice esigenza di agevolare gli investimenti e la realizzazione delle infrastrutture attraverso una serie di semplificazioni procedurali, (...) al fine di fronteggiare le ricadute economiche conseguenti all’emergenza epidemiologica da Covid-19”*.

È chiaro quindi il contesto in cui le nuove norme si inseriscono e gli stessi obiettivi del provvedimento finalizzati, come si legge nella prima parte del primo comma dell’articolo 1, a incentivare gli investimenti pubblici e ad assicurare la ripresa economica del Paese a causa dei profondi effetti negativi determinati dall’emergenza sanitaria.

Si tratta di obiettivi relevantissimi che hanno portato il legislatore, come si vedrà meglio più avanti, appunto a ricalibrare le procedure di affidamento (in particolare, ma non solo, nel sotto soglia comunitario), prerogative che, pur facoltative per i RUP della stazione appaltante, sono configurabili come “prescrizioni” che tendono a spingere verso la scelta delle procedure in deroga rispetto a quelle canoniche declinate nel Codice dei contratti che, è opportuno ribadirlo, non vengono abrogate. Ed in questo senso, la stessa recente Circolare esplicativa del MIT (del 18 novembre) che si sostanzia in un invito alle stazioni appaltanti ad applicare le nuove disposizioni (la Circolare si può leggere in appendice al volume). Il legislatore, quindi, e si vedrà meglio più avanti, ha introdotto nuove opzioni per il RUP – si pensi alla possibilità di procedere con l’affidamen-

to diretto dei lavori per importi fino a 150mila euro – non vincolando tale scelta ma ponendo delle precisazioni tali da veicolare/condizionare la scelta delle stazioni appaltanti (si pensi al contingentamento dei tempi di aggiudicazione che devono essere configurati come obbligatori (non nel senso di “a pena di decadenza” dei poteri) a pena di peculiari responsabilità per i RUP).

Per trarre spunti quindi anche pratico-operativi – e ci si riferisce, in specie, all’attività dei RUP delle stazioni appaltanti – non si può prescindere dal contesto in cui si trova innestato il provvedimento “semplificazioni” e, soprattutto, dalla considerazione degli obiettivi che con lo stesso il legislatore si è posto esprimendo delle valutazioni che, per un verso, sono di ausilio ai responsabili di procedimento stemperando l’esigenza di individuare apparati motivazionali particolarmente intensi nel momento in cui vengono utilizzate le deroghe previste. Si può sostenere, quindi, che il legislatore ha “capovolto” l’ordinario approccio istruttorio del RUP con il d.l. 76/2020 ed ora (a far data dal 15 settembre, data di entrata in vigore del provvedimento) con la legge di conversione 120/2020.

Alla luce di queste premesse verrà condotta la lettura/interpretazione delle norme, in particolare, dedicate agli appalti nel sotto soglia comunitario con attenzione alle questioni pratico-operative.

- **La norma – Art. 1, comma 1**

Art. 1 Procedure per l’incentivazione degli investimenti pubblici durante il periodo emergenziale in relazione all’aggiudicazione dei contratti pubblici sotto 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, 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 dicembre 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 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). Il mancato rispetto dei termini di cui al secondo periodo, 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.*

In tema, e considerati i riferimenti alle linee guida ANAC n. 13 (in tema di applicazione dei servizi sociali), si riportano alcuni passi della recentissima sentenza del **Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 6761/2020**.

Il regime della clausola sociale “richiede un bilanciamento fra più valori, tutti di rango costituzionale, ed anche europeo [...]. **Ci si riferisce da un lato al rispetto della libertà di iniziativa economica privata, garantita dall’art. 41 Cost, ma anche dall’art. 16 della Carta di Nizza, che riconosce ‘la libertà di impresa’, conformemente alle legislazioni nazionali [...]. Ci si riferisce, dall’altro lato, in primo luogo al diritto al lavoro, la cui protezione è imposta dall’art. 35 Cost, e dall’art. 15 della Carta di Nizza, di analogo contenuto”** (Cons. Stato, Comm. spec., parere 21 novembre 2018, n. 2703).

Per tali ragioni, si legge nella pronuncia, detta clausola **va formulata e intesa** “in maniera elastica e non rigida, rimettendo all’operatore economico concorrente finanche la valutazione in merito all’assorbimento dei lavoratori impiegati dal precedente aggiudicatario”, anche perché solo in questi termini “la clausola sociale è conforme alle indicazioni della giurisprudenza amministrativa secondo la quale l’obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali del precedente appalto va temperato con la libertà d’impresa e con la facoltà in essa insita di organizzare il servizio in modo efficiente e coerente con la propria organizzazione produttiva, al fine di realizzare economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento dell’appalto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 giugno 2019, n. 3885; III, 30 gennaio 2019, n. 750; III, 29 gennaio 2019, n. 726; 7 gennaio 2019, n. 142; III, 18 settembre 2018, n. 5444; V, 5 febbraio 2018, n. 731; V, 17 gennaio 2018 n. 272; III 5 maggio 2017, n. 2078; V 7 giugno 2016, n. 2433; III, 30 marzo 2016, n. 1255) (Cons. Stato, V, 12 settembre 2019, n. 6148; cfr. anche Cons. Stato, VI, 21 luglio 2020, n. 4665; 24 luglio 2019, n. 5243; V, 12 febbraio 2020, n. 1066)”.

Il tema delle modalità di attuazione della clausola sociale è stato peraltro affrontato dal Consiglio di Stato **in sede consultiva, con il parere già citato reso sulle Linee guida dell’ANAC relative all’applicazione dell’art. 50 d.lgs. n. 50 del 2016 (Linee guida n. 13, poi approvate con delibera n. 114 del 13 febbraio 2019).**

Al riguardo è stata posta in risalto in particolare l’opportunità di prevedere un “vero e proprio ‘piano di compatibilità’ o ‘progetto di assorbimento’, nel senso che [l’offerta] debba illustrare **in qual modo concretamente l’offerente, ove aggiudicatario, intenda rispettare la clausola sociale**”; **il che confluirebbe nella formulazione di “una vera e propria proposta contrattuale [...] che contenga gli elementi essenziali del nuovo rapporto in termini di trattamento economico e inquadramento, unitamente all’indicazione di un termine per l’accettazione”, con conseguente possibilità per il lavoratore di “previa individuazione degli elementi essenziali del contratto di lavoro”** (Cons. Stato, parere n. 2703 del 2018, cit.).

Allo stesso modo, la stazione appaltante potrebbe valutare se “inserire tra i criteri di valutazione dell’offerta **quello relativo alla valutazione del piano di compatibilità, assegnando tendenzialmente un punteggio maggiore, per tale profilo, all’offerta che maggiormente realizzi i fini cui la clausola tende**”. Circostanza, questa, che non viene am-

messa dall'ANAC che ritiene il piano come facente parte della documentazione amministrativa e non dell'offerta tecnico-economica.

Da ciò si ricava chiara conferma che è rimessa al concorrente la scelta sulle concrete modalità di attuazione della clausola, incluso l'inquadramento da attribuire al lavoratore, **spettando allo stesso operatore formulare eventuale "proposta contrattuale" al riguardo, anche attraverso il cd. "progetto di assorbimento", effettivamente introdotto dall'art. 3, ultimo comma, delle Linee guida ANAC n. 13 (cfr., in proposito, Cons. Stato, sez. V, 1° settembre 2020, n. 5338); il che vale a escludere che dalla clausola sociale possa derivare *sic et simpliciter* un obbligo in capo al concorrente d'inquadrare il lavoratore con lo stesso livello d'anzianità già posseduto.**

È stato recentemente sottolineato come la clausola non comporti "alcun obbligo per l'impresa aggiudicataria di un appalto pubblico di assumere a tempo indeterminato ed in forma automatica e generalizzata, nonché alle medesime condizioni, il personale già utilizzato dalla precedente impresa o società affidataria, ma solo che l'imprenditore subentrante salvaguardi i livelli retributivi dei lavoratori riassorbiti in modo adeguato e congruo"; di guisa che "l'obbligo di garantire ai lavoratori già impiegati le medesime condizioni contrattuali ed economiche non è assoluto né automatico" (Cons. Stato, n. 6148 del 2019, cit.; cfr. anche Id., 16 gennaio 2020, n. 389, in cui si precisa, sotto altro concorrente profilo, che sull'aggiudicatario non grava "l'obbligo di applicare ai lavoratori esattamente le stesse mansioni e qualifiche che avevano alle dipendenze del precedente datore di lavoro"; v. anche Id., 13 luglio 2020, n. 4515, in ordine al Ccnl prescelto).

Per tali ragioni va escluso che la clausola sociale possa implicare la necessaria conservazione dell'inquadramento e dell'anzianità del lavoratore assorbito dall'impresa aggiudicataria.

1.2. Obiettivi e tempo di aggiudicazione

La disposizione introduttiva del d.l. 76/2020 (in vigore dal 17 luglio), convertito in legge 120/2020 (in vigore dal 15 settembre) con la sola modifica relativa all'ampliamento del periodo emergenziale dall'originario 31 luglio 2021 al 31 dicembre 2021, chiarisce immediatamente – in coerenza con il periodo emergenziale del provvedimento – i fini della "semplificazione" in materia di procedimenti d'appalto (e di esecuzione dei contratti) attraverso un sistema di deroghe e di modifiche strutturali a norme del Codice.

Gli obiettivi della normazione emergenziale sono abbastanza chiari: incentivare gli investimenti ed assicurare la ripresa economica del Paese. La disposizione (anzi le disposizioni, considerato che lo stesso comma 1 articolo 2 della legge – dedicato agli appalti nel sopra soglia comunitario – ha la stessa struttura del primo comma dell'articolo 1, come si vedrà più avanti) risulta strutturata in modo particolare: definizione degli

obiettivi, sintesi del procedimento e del tempo a disposizione del RUP e conseguente responsabilità in caso di violazione dei termini nel caso in cui si determini (e risulti imputabile al responsabile unico) un danno erariale. Da quanto appena sintetizzato, le prime questioni poste dalle norme sull'obbligatorietà o meno delle disposizioni in deroga e sulla perentorietà/obbligatorietà dei termini della procedura.

Risulta oramai ampiamente noto che tanto nel sotto soglia (art. 1 del d.l.) quanto nel sopra soglia (art. 2 del d.l.) il legislatore ha precisato che per determinazioni a contrarre (o comunque atti equivalenti) adottati nel *range* temporale compreso tra il 17 luglio 2020 (data di entrata in vigore del d.l.) ed ora dal 15 settembre (data di entrata in vigore della legge di conversione) al 31 dicembre 2021 il RUP deve giungere ad aggiudicazione, rispettivamente, **entro due mesi** (per gli appalti di importo inferiore ai 150mila euro per lavori ed *infra* 75mila euro per servizi – compresi i servizi tecnici – e forniture), entro 4 mesi nel *range* di importo compreso tra i 150mila euro e l'intero sotto soglia comunitario (soglie come individuate dall'articolo 35 del Codice). Nel caso di appalti sopra soglia (art. 2, comma 1) il RUP nell'esperire **procedimenti ordinari** (e non si sottovaluti l'inciso) **deve giungere all'affidamento entro 6 mesi**, anche in questo caso, dalla data del provvedimento (determina a contrarre) che avvia il procedimento (e non la procedura di gara che, come bene si legge nelle nuove norme, prende avvio con la pubblicazione del bando o della lettera di invito). Si è in presenza di una novità importante giustificata, come si deve facilmente intuire, dalla particolare situazione del Paese che impone, ai RUP, una maggiore sollecitudine nell'esperimento e conclusione della fase pubblicitaria della gara per giungere, quanto prima, alla consegna dei lavori, e/o avviare l'esecuzione delle forniture e dei servizi (considerata, altresì, la generalizzazione della c.d. consegna in via d'urgenza anche senza che sia stato stipulato il contratto d'appalto).

Nel *box* che segue, si mettono a confronto i commi 1, rispettivamente dell'articolo 1 (dedicato al sotto soglia comunitario) e dell'articolo 2 (dedicato al sopra soglia), del d.l. 76/2020 come modificato dalla legge di conversione 120/2020. Si tratta di norme "gemelle" con l'unica differenza, primo comma art. 1, della deroga ai (soli) commi 2 degli artt. 36 e 157 del Codice dei contratti.

L'aspetto di rilievo, però, su cui occorre focalizzare l'attenzione attiene ai periodi che prendono come riferimento la circostanza (il fatto) di aver adottato l'atto che avvia il procedimento di aggiudicazione nel *range* temporale preso in considerazione dal provvedimento emergenziale e, quindi, proprio l'inciso – puntuale e perentorio – che consente di chiarire definitivamente che si tratta di termini perentori/obbligatori, ovvero la sottolineatura: "*in tali casi*".

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
<p>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, 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 dicembre 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 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). Il mancato rispetto dei termini di cui al secondo periodo, 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.</p>	<p>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 dicembre 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.</p>

Contestualizzandolo, l'inciso secondo cui *“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 ...”* – periodo che si ripete nelle norme gemelle con la sola variazione della quantificazione del tempo di azione del RUP – sembra non lasciare dubbi sull'interpretazione delle norme.