In Gazzetta il decreto “Semplificazioni”: nuove deroghe al Codice dei contratti pubblici

17 Luglio 2020

È stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 178 – Serie Generale – del 16 luglio 2020**,** il **Decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76**, recante **“***Misure urgenti per la semplificazione e l’innovazione digitale”.*

Il decreto è entrato in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione sulla G.U.R.I, ossia, a decorrere dal **17 luglio 2020.** Pertanto, si applica alle procedure i cui bandi o avvisi siano pubblicati successivamente a tale data, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure in cui, alla medesima data, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare offerta. A ciò , si aggiungono le disposizioni che prevedono una specifica disciplina transitoria (sui vedi commento *infra*).

Il provvedimento è stato trasmesso al Senato per l’avvio dell’iter di conversione in legge, che andrà ultimato entro i prossimi 60 giorni.

Il decreto – che si compone di 65 articoli – è suddiviso nei seguenti TITOLI:

- Ø TITOLO I: **Semplificazioni in materia di contratti pubblici ed edilizia** (artt. 1 – 11);
- Ø TITOLO II: **Semplificazioni procedimentali e responsabilità** (artt. 12 – 23)
- Ø TITOLO III: **Misure di semplificazione per il sostegno e la diffusione della amministrazione digitale** (artt. 24 – 37);
- Ø TITOLO IV: **Semplificazioni in materia di attività di impresa, ambiente e green economy** (artt. 38 – 65).

A sua volta, il TITOLO I si suddivide in 2 Capi:

- ø **Capo I (artt. 1 – 9) – Semplificazioni in materia di contratti pubblici:**
- ø Capo II (artt. 10 – 11) **–** Semplificazione e altre misure in materia edilizia e per la ricostruzione pubblica nelle aree colpite da eventi sismici

L’ANCE sta predisponendo il commento generale.

Di seguito, si riporta **una prima sintesi delle novità di maggiore rilievo per il settore dei lavori pubblici,** contenute principalmente all’interno del **TITOLO I e II** del decreto.

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

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, vengono previste, per l'affidamento di contratti di importo **inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria**, di cui all'art. 35 del citato Codice, procedure "**derogatorie**" al Codice dei contratti pubblici (D.lgs. 50/2016) **a condizione che la determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento equivalente sia adottato entro il 31 luglio 2021.**

In particolare, per gli affidamenti di **lavori pubblici**, le stazioni appaltanti procedono con le seguenti modalità:

1. **fino a 150 mila euro,** mediante **affidamento diretto**, che può avvenire anche con determina a contrarre o atto equivalente**;**
2. da **150 a 350 mila euro**, mediante procedura **negoziata senza bando** con invito a **5** operatori, ove esistenti;
3. da **350 mila a 1 milione euro**, mediante procedura **negoziata senza bando** con invito a **10** operatori, ove esistenti;
4. sopra **1 milione e fino a soglia comunitaria** (5, 3 mln), mediante procedura **negoziata senza bando** con invito a **15** operatori, ove esistenti.

In tali casi, non viene richiesta la **garanzia provvisoria**, salvo che, in considerazione della tipologia e specificità della singola procedura, ricorrano particolari esigenze che ne giustifichino la richiesta, condizioni, queste, che l'amministrazione deve indicare nell'avviso di indizione della gara o in altro atto equivalente; nel caso in cui sia comunque richiesta, il relativo ammontare è dimezzato rispetto a quanto previsto "ordinariamente" dal Codice, all'articolo 93.

La selezione degli operatori da invitare alla procedure negoziate di cui ai punti 2), 3) e 4), deve avvenire nel rispetto di un criterio di **rotazione** degli inviti, che tenga conto anche **di una diversa dislocazione territoriale delle imprese**, individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. In tali casi, l'avviso sui risultati della procedura di affidamento dovrà contenere anche **l'indicazione dei soggetti invitati**.

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**; nel caso di aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso, le stesse si applica **l'esclusione automatica dalla gara delle offerte anomale**, qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a **cinque**.

In tutti i 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 **2 mesi** dalla data di adozione dell'atto di avvio del procedimento, aumentati a **4 mesi** in caso di procedura negoziata.

Il mancato rispetto di tale termine, nonché la mancata tempestiva stipulazione del contratto o anche il tardivo avvio dell'esecuzione, **possono essere valutati ai fini della responsabilità erariale del RUP;** se invece il ritardo è imputabile all'operatore, **ciò costituisce causa di esclusione dalla procedura o di risoluzione del contratto per inadempimento, dichiarata, senza indugio, dalla stazione appaltante e operante di diritto.**

Valutazione

Le procedure derogatorie, previste dall'articolo in commento, troveranno applicazione a condizione che la determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento equivalente venga adottata entro il 31 luglio 2021(comma 1, primo periodo).

Conseguentemente, ai fini dell'applicazione di tali misure, non sarà dirimente il momento della indizione della gara, bensì un atto amministrativo di tipo programmatico, con efficacia interna, rilevante solo ai fini del procedimento formativo della volontà del committente pubblico e **soltanto "prodromico**" **alla successiva adozione**, da parte della PA, **del bando, dell'avviso o della lettera di invito**, che rendono conoscibile al mercato la determinazione della volontà pubblica di addivenire alla stipula di un contratto.

Ciò significa, pertanto, che, rispetto al termine massimo indicato, (31 luglio 2021), in realtà, il regime derogatorio beneficerà di fatto di un notevole "cd effetto trascinamento".

Infatti, una volta adottato entro tale termine un atto a mera rilevanza interna – come appunto la delibera a contrarre o atto equivalente- la procedura "in deroga" potrà invece essere concretamente avviata e svolta anche oltre tale data.

La disposizione, peraltro, non prevede neanche un limite temporale, rispetto al momento dell' adozione della delibera a contrarre, per l'indizione della successiva gara.

E' pertanto evidente il vulnus ai principi di pubblicità, trasparenza e massima concorrenza, tanto più che i la cd Fase "1" dell'emergenza sanitaria, ossia quella connotata da maggiore criticità, è ormai alle spalle.

Vieppiù, tali procedure potranno essere utilizzate per affidare qualunque tipologia di appalto, senza limiti di tempo e senza alcun connessione diretta con le esigenze impellenti derivanti dalla pandemia (diversamente da quanto, invece, richiesto dalla Commissione Europea, nella comunicazione 2020/C 108 I/01)

Ciò significa consentire alle stazioni appaltanti di utilizzare tali deroghe per affidare, ad esempio, appalti di manutenzione ordinaria con durata pluriennale, con l'effetto di procrastinare "*ad libitum"* tale fase emergenziale.

Per ANCE, la validità di tali previsioni avrebbe dovuto essere non oltre il 31 dicembre p.v.

L'assenza dell'obbligo di avviso – o di elenco – rende peraltro privo di significato il principio di rotazione degli invitati, che viene solo enunciato (e peraltro solo nel sottosoglia) e mai declinato, aprendo a possibili fenomeni di chiusura del mercato.

Infine, sempre l'assenza di pubblicità, produce anche l'impossibilità, per le imprese, di presentare offerta in raggruppamento temporaneo, con evidente diminuzione delle *chance* di partecipazione delle MPMI.

Quanto poi al tema della **diversa dislocazione territoriale delle imprese** da invitare alle procedure negoziate, l'intento del legislatore sarebbe da intendere nel senso di una apertura del mercato alle imprese di tutti i territori.

Con riferimento al tema della **responsabilità erariale e del rispetto del termine per l'aggiudicazione e/o stipulazione contratto**, se si vuole incentivare realmente la politica del "fare", è necessario che il mancato rispetto di tali tempistiche per l'espletamento delle procedure di gara e per la stipulazione del contratto venga valutata sempre ai fini della responsabilità erariale, cosi da eliminare ogni possibile "alibi".

Da evidenziare che, rispetto alle precedenti versioni del testo, **è venuta meno la possibilità**, per le stazioni appaltanti di eseguire i lavori "sotto-soglia" **anche in amministrazione diretta, così come viene superato l'obbligo di motivazione per ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, come auspicato da ANCE.**

Ciò posto, la norma va valutata nel suo complesso.

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

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, il decreto prevede l'applicazione delle **procedure di affidamento e la disciplina dell'esecuzione** del contratto di seguito descritte, **qualora la determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento equivalente sia adottato entro il 31 luglio 2021.**

In particolare.

Ø **COMMA 2: OPERE "ORDINARIE"**

Le stazioni appaltanti **procedono mediante:**

a) **procedura aperta o ristretta**

b) o, previa motivazione dei presupposti di legge, mediante **competitiva con negoziazione** (in tale caso, solo gli operatori invitati possono presentare un'offerta in seguito alla valutazione delle informazioni fornite – *rectius* i requisiti minimi – l'offerta costituisce la base per la successiva negoziazione. Per limitare il numero di operatori da invitare, la stazione appaltante può utilizzare il meccanismo della cd "forcella"; in tal caso, il numero minimo degli invitati non può essere inferiore a 3).

Valutazione
Norma di limitata utilità, dal momento che non aggiunge molto rispetto a quanto già disposto dal Codice sull'utilizzo delle procedure di gara. Da evidenziare che è stato superato l'obbligo di motivazione per ricorso a procedure aperte, previsto nelle bozze precedenti del decreto in esame.

In tutti i casi, si prevedono i **termini ridotti, previsti dal Codice in caso d'urgenza**;

Salvo che la procedura sia sospesa per provvedimenti del giudice**, l'aggiudicazione o l'individuazione definitiva del contraente deve avvenire entro SEI mesi dall'avvio del procedimento;** il mancato rispetto di tale termine, nonché la tardiva stipulazione del contratto o anche il tardivo avvio dell'esecuzione **possono essere** valutati ai fini della responsabilità erariale del **RUP**; se invece il ritardo è imputabile all'operatore, **costituisce causa di esclusione dalla procedura o di risoluzione del contratto, dichiarata, senza indugio, dalla stazione appaltante.**

Valutazione
Quanto al tema della **responsabilità erariale e del rispetto del termine per l'aggiudicazione e/o stipulazione contratto**, se si vuole incentivare realmente la politica del "fare", è necessario che il mancato rispetto di tali tempistiche per l'espletamento delle procedure di gara e per la stipulazione del contratto venga valutata sempre ai fini della responsabilità erariale, cosi da eliminare ogni possibile "alibi".

Ø **COMMA 3 E 4: OPERE "EMERGENZIALI"**

Per l'affidamento dei contratti pubblici di **importo pari o superiore alle soglie di rilevanza comunitaria**, di cui all'art. 35 del D.lgs. 50/2016, viene consentito alle stazioni appaltanti di utilizzare **la procedura negoziata senza bando, con invito a 5 operatori**, "*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*".

In tali casi, le stazioni appaltanti, per l'affidamento della progettazione e dei lavori, **operano,** per quanto non regolato dall'articolo in commento, **in deroga** ad ogni disposizione di legge **diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione (d.lgs. 159/11)** nonché dai vincoli inderogabili derivanti da EU, ivi inclusi quelli derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE, **dei principi di cui agli articoli 30, 34 e 42 del Codice degli appalti e delle disposizioni in materia di subappalto.**

Tale regime derogatorio viene generalizzato, inoltre, per i 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 (comma 4)**.

Valutazione: Negativa
Gli ampi poteri derogatori connessi al "Modello Genova" – cui la norma è ispirata – sono positivi per "la fase a monte", mentre sono assolutamente **negativi ove applicato alla fase di gara**
Peraltro la definizione delle opere da "emergenza COVID" è talmente ampia che può ricomprendere qualunque intervento infrastrutturale.
Parimenti, non è assolutamente condivisibile, la lunga esemplificazione contenuta nell'articolato in commento, di cui al comma 4, **che consente di applicare tali procedure a tutti gli interventi (verosimilmente anche sotto soglia) relativi all'edilizia scolastica, universitaria, sanitaria e carceraria, alle infrastrutture per la sicurezza pubblica, ai trasporti e alle 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.
A ciò, si aggiunga l'eliminazione del Dpcm per la delimitazione delle "opere di rilevanza nazionale" – previsto nelle bozze precedenti del decreto; fatto, questo, che ha peggiorato il quadro di indeterminatezza, lasciando la scelta delle opere "emergenziali" alla totale discrezionalità delle stazioni appaltanti.
Il risultato, nefasto, è che, per un numero indefinito di opere, viene istituzionalizzata una procedura "a concorrenza ridotta" per non dire "esigua", con il rischio di effetti fortemente lesivi della concorrenza e della trasparenza.
Anche per queste opere, peraltro, il regime derogatorio beneficerà di fatto di un notevole "cd effetto trascinamento" rispetto alla data del 31 luglio 2021 (vedi sub art. 1).
La chiusura della concorrenza e del mercato è oltremodo accentuata dalla presenza delle opere commissariate ex art. 9 del decreto, che, a loro volta, vanno in deroga agli obblighi di gara
Infine, si evidenzia che, nel definire i limiti dei poteri derogatori concessi alle stazioni appaltanti, ai fini degli affidamenti "sopra-soglia", vengono fatte salve, tra le altre cose, le disposizioni in materia di subappalto.
Sul punto, non è chiaro se tale richiamo si riferisca alla disciplina comunitaria o a quella nazionale, già oggetto di procedura di infrazione (n. 2018/2273) della Commissione Europea, e più volte censurata dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Art. 3 – Verifiche antimafia e protocolli di legalità

Fino al 31 luglio 2021, per le verifiche antimafia (riguardanti l'affidamento e l'esecuzione di contratti pubblici), si procede mediante il rilascio della **informativa liberatoria provvisoria**, immediatamente conseguente alla consultazione della BDNA ed alle risultanze delle ulteriori banche dati disponibili, anche quando l'accertamento è eseguito per un soggetto che risulti non censito.

L'informativa consente di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture, **sotto condizione risolutiva**, fermo restando le ulteriori verifiche ai fini del rilascio della documentazione antimafia da completarsi entro i trenta giorni.

Qualora la documentazione successivamente pervenuta accerti la sussistenza di una delle cause interdittive previste dalla normativa, le stazioni appaltanti recedono dai contratti, 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.

In ogni caso, con decreto del Ministro dell'interno, da adottare entro quindici giorni dalla data di entrata in vigore del decreto in commento, possono essere individuate **ulteriori misure di semplificazione** relativamente alla competenza delle Prefetture in materia di rilascio della documentazione antimafia ed ai connessi adempimenti.

Infine, il Ministero dell'Interno può sottoscrivere – anche con le associazioni di categoria maggiormente rappresentative o con le imprese di rilevanza strategica – protocolli o altre intese comunque denominate, per la prevenzione ed il contrasto dei fenomeni di criminalità organizzata, prevedendo, tra le altre cose, modalità di rilascio della documentazione antimafia, anche su richiesta di soggetti privati.

Valutazione
Il meccanismo dell'informativa liberatoria provvisoria **è senz'altro positivo** dal punto di vista dell'accelerazione delle tempistiche per la stipula, autorizzazione e approvazione dei contratti, tuttavia, non da una risposta al problema di fondo che riguarda, come già detto, le tempistiche delle verifiche antimafia e la non perfetta operatività della BNDA.
Ciò posto, non è comunque accettabile che, nel 2020, la BDNA non sia ancora in grado di garantire – considerato il livello di digitalizzazione delle informazioni raggiunto – di svolgere "in tempo reale" le verifiche antimafia sugli operatori del mercato.
Ciò, anche nell'interesse delle singole imprese che potrebbero selezionare, adeguatamente e senza rischi, gli operatori con cui collaborare.

Art. 4 – Conclusione dei contratti pubblici e ricorsi giurisdizionali

Tale articolo introduce alcune modifiche al Codice dei Contratti pubblici (D.lgs. 50/2016) e al Codice del processo amministrativo (D.lgs. 104/2010), nell'ottica di accelerare la sottoscrizione dei contratti, una volta aggiudicata la gara, anche in caso di ricorso giurisdizionale.

In particolare, viene previsto che **la stipula del contratto deve** (e non può, come precedentemente previsto) **avvenire entro 60 giorni** da quando l'aggiudicazione è divenuta efficace**;** il differimento di tale deve essere motivato con specifico riferimento all'interesse della stazione appaltante e a quello nazionale alla sollecita esecuzione del contratto e **viene valutato ai fini della responsabilità erariale** e disciplinare del dirigente preposto**.**

A tal fine**, non costituisce giustificazione adeguata la pendenza di un ricorso giurisdizionale,** nel cui ambito non sia stata disposta o inibita la stipulazione del contratti.

In caso di ricorso avverso le procedure di cui all'art. 2, comma 2 **(opere "emergenziali"**), inoltre, si

prevede l'applicano delle disposizioni concernenti le infrastrutture strategiche, che "limitano" fortemente la possibilità di concessione di misure cautelari.

Vengono, infine, previste misure " a regime" di accelerazione del giudizio amministrativo in tema di contratti pubblici, intervenendo sull'art. 120 del Codice del processo amministrativo.

Nel specifico, viene previsto che, in caso di impugnazione di provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, il giudizio viene **di norma definito, in esito all'udienza cautelare, ove ne ricorrano i presupposti, e, solo in mancanza,** con sentenza in forma semplificata ad una udienza fissata d'ufficio e da tenersi entro quarantacinque giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente

La **definizione immediata del giudizio – in tema di appalti pubblici – nell'udienza cautelare** diviene, quindi, la regola, e non più l'eccezione, come previsto in precedenza.

Inoltre, viene ridotto a 15 (da 30) il termine entro cui il giudice deposita la sentenza con la quale definisce il giudizio, che decorrere dall'udienza di discussione; solo quando la stesura della motivazione è particolarmente complessa, il giudice pubblica il dispositivo nel suddetto termine, indicando anche le domande eventualmente accolte e le misure per darvi attuazione, e poi deposita la sentenza entro trenta giorni dall'udienza.

Valutazione **Positiva**

Art. 5 – Sospensione dell'esecuzione dell'opera pubblica

1) **Fino al 31 luglio 2021**, in deroga all'art. 107 del Codice degli appalti, la sospensione, volontaria o coattiva, delle opere pubbliche "**sopra-soglia"**, anche se già iniziate, può avvenire, esclusivamente e nel limite di tempo strettamente necessario al loro superamento, per le seguenti ragioni:
    a) **cause previste da legge penali, codice antimafia e da vincoli inderogabili derivanti della UE**. In tale caso, ove non vi sia la possibilità di prosecuzione del contratto, la SA **dichiara senza indugio la risoluzione di diritto** e **provvede secondo le modalità di cui al successivo punto 3) lettere a), b) c) e d);**
    b) gravi ragioni di **ordine pubblico, salute pubblica o di soggetti coinvolti nella realizzazione delle opere,** ivi incluse le misure adottate per contrastare l'emergenza sanitaria globale da COVID-19. In tale caso, la stazione appaltante propone – su determinazione del collegio consultivo tecnico, da adottarsi entro 15 giorni dalla comunicazione della sospensione allo stesso organo – alle autorità preposte l'autorizzazione alla prosecuzione, che deve essere concessa nei successivi 10 giorni, salvo assoluta e motivata incompatibilità tra causa della

sospensione e prosecuzione dei lavori;

c) **gravi ragioni di ordine tecnico**, idonee ad incidere sulla realizzazione dell'opera a regola d'arte, in relazione alle modalità di superamento delle quali non vi è accordo tra le parti.

In tal caso, **il collegio consultivo tecnico**, entro 15 gg dalla comunicazione della sospensione ovvero dalla causa che potrebbe determinarla, adotta una determinazione con cui accerta l'esistenza di una causa tecnica di legittima sospensione, **dichiara la risoluzione del contratto e indica le modalità- tra quelle previste al successivo punto 3), lettere a) b), c) e d)** – con cui proseguire i lavori, con le eventuali modifiche necessarie da apportare per la realizzazione dell'opera a regola d'arte. La stazione appaltante provvede conseguentemente nei successivi cinque giorni;

d) **gravi ragioni di pubblico interesse;** in tale caso, la stazione appaltante propone, su determinazione del collegio consultivo tecnico – da adottarsi entro 15 giorni dalla comunicazione della sospensione allo stesso organo – alle autorità preposte l'autorizzazione alla prosecuzione, che deve essere concessa nei successivi 10 giorni, salvo assoluta e motivata incompatibilità tra causa della sospensione e prosecuzione dei lavori.

2) Nell'ipotesi in cui il **contratto**, per qualsiasi motivo, ivi incluse le situazioni di entrata in procedura fallimentare dell'impresa (anche in caso di concordato con continuità aziendale), **non possa proseguire** con il soggetto designato

ovvero

l'impresa sia in **ritardo non giustificato nella realizzazione dell'opera** (per un numero di giorni pari o superiore a 1/10 del tempo previsto e, comunque, pari ad almeno 30 giorni per ogni anno – e comunque da calcolarsi a decorrere dall'entrata in vigore della presente legge)

la S.A.

previo parere del Collegio consultivo tecnico, **dichiara senza indugio la risoluzione** del contratto;

****Eccezione**: ciò, salvo che non risulti preferibile, per gravi motivi tecnici ed economici, anche tenuto conto del parte del citato collegio, proseguire il lavoro con il medesimo soggetto

3) Successivamente alla risoluzione, la SA realizza i lavori attraverso una delle seguenti modalità:

a) **esecuzione** dei lavori **in via diretta**, anche avvalendosi, nei casi consentiti, di altri enti o società pubbliche;

b) **interpello** degli altri soggetti in graduatoria se tecnicamente ed economicamente possibile e alle stesse condizioni **proposte dall'operatore economico interpellato;**

c) indizione di una **nuova procedura** di gara;

d) proposta di un commissario straordinario su nomina governativa come regolati dall'art. 4 del decreto "sblocca-cantieri (n. 32/19).

4) Fuori dai casi di sospensione di cui al precedente punto n. 1), non è consentito far valere l'inadempimento di controparte come causa di sospensione della prestazione

5) Sono previste, infine, misure che rendono estremamente residuale la concessione del provvedimento cautelare di sospensione dei lavori

Valutazione
Norma farraginosa, poco comprensibile, di difficile lettura e applicazione stante il continuo ricorso alla tecnica del rinvio normativi;
Si percepisce comunque una "filosofia di fondo" vessatoria per le imprese, che, anziché superarla, peggiora l'attuale impostazione del rapporto "suddito-sovrano", di stampo ottocentesco, che connota l'attuale regime dei contratti di appalto con la pa.
Positivo, tuttavia, il fatto che l'interpello degli altri soggetti in graduatoria, se tecnicamente ed economicamente possibile, avvenga alle stesse condizioni proposte dall'operatore economico interpellato (e non a quelle offerte dall'originario aggiudicatario).
Cosi operando, si garantisce che la prosecuzione dei lavori avvenga a regola d'arte e nei termini previsti, con un notevole risparmio, sia economico sia di tempo, per la stazione appaltante.

Art. 6 – Collegio consultivo tecnico

FINO AL 31 LUGLIO 2021, viene prevista l'operatività di tale istituto con le seguenti modalità.

- Ø **IN FASE DI ESECUZIONE**

La costituzione del Collegio Consultivo Tecnico, prima dell'avvio dell'esecuzione, o comunque entro 10 giorni da tale data, 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, **è**:

1) **obbligatoria** le opere di importo pari o superiore alla **soglia comunitaria**;
2) **facoltativa** per le opere diverse.

Per i contratti già in esecuzione, il collegio è nominato entro il termine di trenta giorni dall'entrata in vigore del provvedimento

- Ø **NELLA FASE "A MONTE"**

La costituzione del Collegio Consultivo Tecnico è facoltativa per risolvere problematiche tecniche o giuridiche di ogni natura, suscettibili di insorgere anche **nella fase antecedente alla esecuzione del contratto**, ivi comprese le determinazioni delle caratteristiche delle opere e le altre clausole e condizioni del bando o dell'invito nonché la verifica del possesso dei requisiti di partecipazione, dei criteri di selezione e di aggiudicazione.

COME FUNZIONA:

1) il collegio è costituito da 3 o 5 componenti (in caso di motivata complessità dell'opera e di eterogeneità delle professionalità richieste e solo se in fase esecutiva) a scelta delle parti, dotati di esperienza e qualificazione professionale adeguata alla tipologia dell'opera tra ingegneri, architetti, giuristi ed economisti con comprovata esperienza

nel settore degli appalti delle concessioni e degli investimenti pubblici.

2) I componenti del collegio possono essere scelti dalle parti di comune accordo, ovvero le parti possono concordare che ciascuna di esse nomini uno o due componenti e che il terzo o il quinto componente, con funzioni di presidente, sia scelto dai componenti di nomina di parte. Nel caso in cui le parti non trovino accordo sulla nomina, questo è designato entro i successivi cinque giorni dal MIT per le opere di interesse nazionale, dalle regioni, dalle province autonome di Trento e Bolzano o dalle città metropolitane per le opere di rispettivo interesse.

3) L'inosservanza delle determinazioni del collegio consultivo tecnico viene valutata ai **fini della responsabilità del funzionario 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 funzionario per danno erariale, salvo il dolo.

4) Le determinazioni del collegio consultivo tecnico hanno la **natura del lodo contrattuale** salva diversa e motivata volontà espressamente manifestata in forma scritta dalle parti; sono adottate con atto scritto recante le sottoscrizioni della maggioranza dei componenti entro il termine di quindici giorni decorrenti dalla data della comunicazione dei quesiti, con succinta motivazione che può essere integrata nei successivi quindici giorni;

5) I componenti del collegio consultivo tecnico hanno diritto a un **compenso** a carico delle parti e proporzionato al valore dell'opera, al numero, alla qualità e alla tempestività delle determinazioni assunte

6) Infine, sono abrogate le disposizioni del DL "Sblocca-cantieri" (n. 32/2019) sul tema.

Valutazione
Occorrerebbe prevedere l'obbligatorietà della nomina del Collegio Consultivo Tecnico non solo per il sopra soglia, ma anche per il "sottosoglia".
L'estensione dell'istituto anche ai contratti in corso di esecuzione fa nascere la necessità di porre alcune norme di raccordo e coordinamento per i contratti ante Codice 50, per i quali erano previste le commissioni per gli accordi bonari ex art. 240 del Codice n. 163/2006.

Art. 7 – Fondo per la prosecuzione delle opere pubbliche

Viene istituito, presso il MIT, un fondo per la prosecuzione delle opere pubbliche "**sopra soglia**" finalizzato ad evitare che tali opere si blocchino per la mancanza temporanea di risorse pubbliche, causate da *"maggiori fabbisogni finanziari dovuti a sopravvenute esigenze motivate nel rispetto della normativa vigente, ovvero per temporanee insufficienti disponibilità finanziarie annuali*.

Il Fondo non può finanziare nuove opere e l'accesso non può essere reiterato ad esclusione del caso in cui la carenza delle risorse derivi da un'accelerazione della realizzazione delle opere rispetto al cronoprogramma aggiornato.

Rispetto alle precedenti versioni, il Fondo viene alimentato con stanziamenti *ad hoc* (non più attraverso il versamento di un contributo pari allo 0,5 per cento del valore del ribasso offerto dall'aggiudicatario delle gare di appalti pubblici di lavori, nel caso di importo a base d'appalto pari o superiore alle soglie di rilevanza comunitaria).

In particolare, per il 2020, lo stanziamento è di 30 milioni di euro. Per gli anni successivi, con il disegno di legge di bilancio, è iscritto sul Fondo un importo corrispondente al 5 per cento delle maggiori risorse stanziate nella prima delle annualità del bilancio, nel limite massimo di 100 milioni di euro.

Il Fondo è altresì alimentato:

a) dalle risorse disponibili in bilancio anche in conto residui, destinate al finanziamento dell'opera e non più necessarie in quanto anticipate a valere sul Fondo;

b) dalle somme corrispondenti ad eventuali anticipazioni del Fondo alla stazione appaltante per residui passivi caduti in perenzione.

Le concrete modalità operative di accesso e utilizzo del Fondo e i criteri di assegnazione delle risorse dovranno essere individuate con decreto del MIT, di concerto con il MEF, da adottarsi entro 30 giorni dalla data di entrata in vigore del decreto in commento.

Valutazione
Positiva, a condizione che l'operatività del fondo sia estesa anche alle opere "sotto-soglia".

Art. 8 – Altre disposizioni urgenti in materia di contratti pubblici

L'articolo in esame interviene sulla normativa in materia di lavori pubblici su 4 differenti piani, prevedendo le seguenti misure:

a) PER LE GARE IN CORSO ALLA DATA DI ENTRATA IN VIGORE DEL DECRETO E PER QUELLE INDETTE FINO AL 31 LUGLIO 2021

1. è sempre autorizzata **consegna in via d'urgenza**;
2. l'obbligo di **sopralluogo** è possibile solo ove sia **strettamente indispensabile** in ragione della tipologia, del contenuto o della complessità dell'appalto da affidare;
3. in relazione alle procedure ordinarie, si applica la riduzione dei termini per ragioni di urgenza, senza necessità di motivazione alcuna;
4. le procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture possono essere avviate anche in mancanza di una specifica previsione nei documenti di programmazione già adottati, a condizione che vengano aggiornati entro 30 giorni;
5. Per le procedure per le quali sia scaduto il termine per la presentazione delle offerte **entro il 22 febbraio 2020**, le stazioni appaltanti devono procedere ad aggiudicazione **entro 31 Dicembre 2020;**
6. Per gli **accordi quadro efficaci** alla data di entrata in vigore del decreto, le stazioni appaltanti provvedono, nei limiti delle risorse disponibili, **entro il 31 dicembre 2020**,

all'aggiudicazione degli appalti ovvero all'esecuzione degli stessi (stipulazione contratti).

Valutazione
Positiva.
Con riferimento alle misure di cui punti 5 e 6, rispetto alla precedente versione del DL in commento, viene ulteriormente procrastinato, da ottobre a dicembre, il termine per dare attuazione alle stesse.
La situazione di emergenza e crisi che stanno vivendo le imprese non consente di posticipare ulteriormente le tempistiche per dare attuazione a quelle misure che possono immettere sul mercato quella liquidità necessaria a rimettere in moto l'economia del Paese.
Occorre fare presto, introducendo un termine temporale più breve (almeno settembre) altrimenti il settore, in poco tempo, sarà destinato al totale collasso.

b) PER I LAVORI IN CORSO ALLA DATA DI ENTRATA IN VIGORE DEL DECRETO:

1. **emissione di un SAL d'emergenza (entro 15 giorni, 5 per certificato di pagamento e 15 per pagamento)**, anche se non sono stati effettuati gli interventi necessari, secondo le previsioni contrattuali, per emissione SAL;
2. **rimborso maggiori costi** derivanti dall'attuazione delle misure di **contenimento COVID-19**, a valere sulle somme a disposizione della stazione appaltante indicate nei quadri economici dell'intervento, utilizzando anche le economie derivanti dai ribassi d'asta; il rimborso di detti oneri avviene in occasione del pagamento del primo stato di avanzamento successivo all'approvazione dell'aggiornamento del piano di sicurezza e coordinamento recante la quantificazione degli oneri aggiuntivi;
3. il **rispetto delle misure di contenimento**, ove impedisca di realizzare a regolare d'arte i lavori, i servizi o le forniture costituisce **causa di forza maggiore** e, qualora impedisca di ultimarli, anche solo parzialmente, nel termine contrattualmente previsto, costituisce **circostanza non imputabile** all'esecutore, ai fini della proroga di detto termine.

Valutazione.
Positiva.
Quanto alla questione dei maggiori oneri, per i lavori, pubblici e privati, in corso di esecuzione e nell'ottica di evitare il collasso delle imprese di costruzioni, la norma andrebbe completata prevedendo **il pagamento di tutti i maggiori oneri, diretti e indiretti, connessi all'emergenza sanitaria** relativa alla diffusione del virus COVID-19, ivi inclusi quelli riconducibili all'adesione ai protocolli sanitari siglati in funzione anticontagio, che hanno generato una sottoproduzione del cantiere.

c) MODIFICHE "A REGIME" AL CODICE DEI CONTRATTI:

1. possibilità di escludere l'operatore economico se la S.A. è a conoscenza e può adeguatamente dimostrare che lo stesso **non ha ottemperato al pagamento di imposte Tasse e contributi previdenziali non definitivamente accertati qualora tale mancato pagamento costituisca una grave violazione;**
2. consentito al privato di proporre concessioni anche per opere presenti negli strumenti di programmazione approvati dalla amministrazione (oggi consentito solo per opere non presenti negli strumenti);

Valutazione
Negativa per quanto riguarda la modifica di un al punto 1, positiva, invece, quella di cui al punto 2 .
Da evidenziare che, rispetto alle precedenti versioni, sono venute meno le disposizioni in tema di subappalto.
Sul punto, sembra – ma non è chiarissimo – quindi restare vigente l'attuale assetto normativo, che però è oggetto di procedura di infrazione da parte della Commissione Europea(n. 2018/2273), oltre ad essere stata più volte censurata dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.
Peraltro, il provvedimento in esame non contiene, come invece per altre disposizioni del decreto "sblocca-cantieri", la proroga della disposizione che eleva (dal 30) al 40 per cento il limite massimo per il ricorso al sub-appalto e che sospende l'operatività della terna dei subappaltatori in gara.
Ciò, con l'effetto che, a decorrere dal 1 gennaio 2021, tornerà a rivivere la disciplina del subappalto censurata della CGUE, in quanto in contrasto con la normativa comunitaria, e che, peraltro, è stata anche oggetto di infrazione da parte della Commissione Europea.
Da ultimo, non si può non evidenziare la disparità di trattamento che il Governo sta attuando per ovviare alle censure da parte delle istituzioni UE.
Infatti, per quanto riguarda le procedure d'infrazione mosse dalla UE a tutela degli operatori economici (quali quelle in tema di pagamenti o di subappalto, come sopra detto), Il Governo è ancora fermo.
Quando invece si è trattato di procedure a tutela delle casse dello Stato (come per il tema della causa di esclusione per violazioni degli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali anche non definitivamente accertate) la risposta del Governo è stata assolutamente tempestiva.
Positivo il fatto che, rispetto alle precedenti bozze, non viene più abrogato:
1. il tetto massimo del 30 per cento per incidenza prezzo, in caso di OEPV.
2. l'obbligo di motivare ricorso affidamenti "in house" di un contratto.

d) <u>PROROGHE AL DECRETO "SBLOCCA-CANTIERI":</u>

1. proroga sino al 31 dicembre 2021 della sospensione del divieto di appalto integrato;
2. proroga sino al 31 dicembre 2021 della sospensione dell'obbligo di scegliere i commissari tra gli esperti iscritti all'Albo istituito presso l'Autorità nazionale anticorruzione;
3. proroga sino al 31 dicembre 2021 della sospensione dell'obbligo, per i comuni non capoluogo di provincia, di ricorrere alle centrali di committenza o agli soggetti qualificati di cui all'art. 37, comma 4, del Codice, nei casi previsti.
4. proroga sino al 31 dicembre 2021 della possibilità di inversione procedurale apertura offerte e verifica requisiti anche per i settori ordinari;
5. elevato, da 70 a 100 mln, fino al 31 dicembre 2021, l'importo minimo del progetto di fattibilità tecnico-economica oltre il quale è obbligatorio il parere dello stesso Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici**; per i lavori pubblici di importo inferiore a 50 milioni di euro si prescinde dall'acquisizione di detto parere** (**novità**);

Viene infine prorogata sino al **31 dicembre 2022** anche la previsione che, per gli interventi ricompresi tra le infrastrutture strategiche, consente ai soggetti aggiudicatori di approvare direttamente le eventuali varianti, qualora non superino del **50 per cento** il valore del progetto approvato; in caso contrario, dovranno tornare al **CIPE** per l'approvazione. Detta proroga è disciplinata all' art. 42 del decreto in commento,.

Valutazione
Positiva, salvo le proroghe delle seguenti misure:
1) possibilità di **inversione procedurale** apertura offerte e verifica requisiti anche per i settori ordinari, che se non accompagnata quantomeno da un inasprimento delle sanzioni in caso di false dichiarazioni degli operatori economici, apre ad effetti distorsivi.
2) **sospensione dell'obbligo di ricorrere ai commissari** "**esterni".** Ciò, rischia di compromettere definitivamente l'entrata in vigore di tale importante novità legislativa che garantisce trasparenza e correttezza nell'affidamento delle gare, specialmente nei casi in cui venga utilizzato il criterio dell'OEPV.

Art. 9 – Misure di accelerazione degli interventi infrastrutturali

Viene riformulato l'articolo 4 del decreto 32/19 (cd"sblocca-cantieri"), prevedendo la nomina – con uno o più DPCM, da adottarsi entro il 31 dicembre 2020 – di commissari straordinari per "*gli interventi infrastrutturali caratterizzati da un elevato grado di complessità progettuale, da una particolare difficoltà esecutiva o attuativa, da complessità delle procedure tecnico – amministrative ovvero che comportano un rilevante impatto sul tessuto socio – economico a livello nazionale, regionale o locale".*

Con uno o più decreti successivi, da adottarsi entro il 30 giugno 2021, il Presidente del Consiglio dei Ministri può, inoltre, individuare ulteriori interventi per i quali disporre la nomina di Commissari straordinari.

Per l'esecuzione degli interventi, i Commissari straordinari possono essere abilitati ad assumere direttamente le funzioni di stazione appaltante e **operano in deroga alle disposizioni di legge in materia di contratti pubblici**, fatto salvo il rispetto dei principi di cui agli articoli 30, 34 e 42 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, nonché delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, e dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea , ivi inclusi quelli derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE, e delle **disposizioni in materia di subappalto**.

Al fine di garantire l'uniformità nelle gestioni commissariali finalizzate alla realizzazione di opere pubbliche o interventi infrastrutturali, tali poteri "derogatori" vengono estesi a **tutti i commissari nominati per tali finalità sulla base di specifiche norme di legge**.

Valutazione
Come già evidenziato in tema di opere "emergenziali" (sub articolo 2), per realizzare celermente gli interventi infrastrutturali prioritari o le opere da "sbloccare", è senz'altro positivo semplificare le procedure "a monte" della gara, relative alle fasi di programmazione e approvazione dei relativi progetti, analogamente a quanto avvenuto, a livello nazionale, per il Commissario per la tratta dell'Alta Velocità Napoli-Bari.
La fase di affidamento e di realizzazione delle opere, invece, deve avvenire nel pieno rispetto delle procedure previste dal Codice dei contratti e dalla legislazione ad esso connessa, in omaggio al principio di concorrenza ed a garanzia di una corretta esecuzione.
Non può quindi, assolutamente condividersi la previsione di andare in deroga alla materia degli appalti, che di fatto, comporta una deregulation per le gare analoga a quella del modello "Genova".
Infine, la formulazione troppo generica della tipologia di interventi "commissariabili" (vedi definizione in corsivo sub punto 1), rende replicabile tale modello su un numero non definito di opere, con il rischio di produrre effetti fortemente lesivi della concorrenza e della trasparenza.
Peraltro, gli interventi commissariabili possono essere individuati anche con un più decreti successivi, da adottare fino al 30 giugno 2021.
Cosi operando, tali deroghe non troveranno un'applicazione limitata nel tempo, bensì potranno essere applicate per l'esecuzione di opere ben oltre il 2021, essendo funzionali a realizzare tutti gli interventi commissariati a prescindere da quando questi saranno affidati.
In sostanza, quindi, si consente ai commissari di operare in deroga ad ogni legge, ivi incluso il Codice dei contratti, senza alcun limite.
Vieppiù, le deroghe e i poteri attributi ai commissari previsti dall'articolo 4 del decreto 32/19 (cd "sblocca-cantieri") vengono estesi a tutti i commissari nominati per la realizzazione di opere pubbliche o interventi infrastrutturali, sulla base di specifiche norme di legge.
Unito anche alle deroghe previste per gli interventi di cui al comma 2, è difficile comprendere quali siano gli interventi che saranno appaltanti nel rispetto delle procedure di gara del Codice e delle vigenti direttive comunitaria, la cui applicazione diviene, de facto, residuale ed eccezionale, invece, che ordinaria.

Art. 11 – Accelerazione e semplificazione della ricostruzione pubblica nelle aree colpite da eventi sismici

Tale articolo – contenuto nel capo II del titolo I del decreto in commento – attribuisce al Commissario straordinario per la ricostruzione post sisma 2016 il compito di individuare, con propria ordinanza, gli interventi e le opere urgenti e di particolare criticità, anche relativi alla ricostruzione dei centri storici dei comuni maggiormente colpiti, per i quali i poteri di ordinanza (ex articolo 2, comma 2, del decreto-legge n. 189 del 2016) **sono esercitabili in deroga a 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.

Sul punto, si ricorda che l'art. 2 del decreto n. 189/2016 prevede che detto commissario, per l'esercizio delle sue funzioni, provvede anche a mezzo di ordinanze, nel rispetto della Costituzione, dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'ordinamento europeo (comma 2).

Una volta predisposto, l'elenco degli interventi e delle opere è comunicato al Presidente del Consiglio dei Ministri, che può impartire direttive.

La norma, infine, precisa che i lavori di competenza delle diocesi e degli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti, **di importo non superiore alla soglia comunitaria per singolo lavoro**, seguono le procedure previste per la **ricostruzione privata** sia per l'affidamento della progettazione che dei lavori.

Art. 21 – Responsabilità erariale

Su tale tema, le novità del decreto impattano sotto un duplice profilo:

1. **" A REGIME"**

Viene chiarito che, ai fini della configurazione della responsabilità erariale dei dipendenti pubblici, la prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso.

2. **FINO AL 31 LUGLIO 2021**

La responsabilità erariale, per i fatti commessi dall'entrata in vigore della disposizione e fino al 31 luglio 20121, è limitata al solo profilo del dolo (e non per colpa grave). Tale limitazione non si applica per i danni cagionati da omissione ed inerzia del pubblico funzionario.

Valutazione
Positiva, in linea con quanto da ANCE auspicato, in speciale modo la previsione di cui al n. 2. È, infatti, più che condivisibile l'obiettivo di rendere più rischioso, per i pubblici dipendenti, il non fare (omissioni e inerzie) piuttosto che il fare.

Art. 22 – Controllo concomitante della corte dei conti sugli interventi di sostegno e di rilancio dell'economia nazionale

Viene introdotta una nuova forma di **controllo concomitante** della Corte dei conti, anche su richiesta del Governo o delle competenti commissioni parlamentari, sui principali piani, programmi e progetti relativi agli **interventi di sostegno e di rilancio dell'economia nazionale**.

L'eventuale accertamento di gravi irregolarità gestionali, ovvero di rilevanti e ingiustificati ritardi nell'erogazione di contributi secondo le vigenti procedure amministrative e contabili, è immediatamente trasmesso all'amministrazione competente ai fini della responsabilità dirigenziale.

Da valutare
Non è chiaro quale sia la portata applicativa di tale controllo che potrebbe, tuttavia, comportare dei rallentamenti nella fase di approvazione dei singoli provvedimenti. Occorrerebbe, quindi, prevedere una disciplina il più possibile snella e veloce

Art. 23 – Abuso d'ufficio

Viene definita in maniera più compiuta la fattispecie di reato, attribuendo rilevanza alla **violazione,**

nello svolgimento delle pubbliche funzioni, non più di qualunque norma di legge o di regolamento bensì di **specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità**,

Valutazione
Sebbene si condivida la *ratio* dell'intervento, che è quella di definire in maniera più compiuta la fattispecie di reato, tuttavia, la nuova formulazione non sembra capace di raggiungere completamente tale obiettivo.
Occorrerebbe, piuttosto, legare la condotta di abuso al compimento di un atto dell'ufficio. Il legame con l'atto dell'ufficio consentirebbe di escludere la penale rilevanza di attività meramente materiali o comunque non inserite in un contesto procedimentale volto alla emanazione di un atto: il (possibile) giudizio di responsabilità risulterebbe così limitato soltanto al compimento dell'atto finale, produttivo di effetti giuridici.
Il secondo profilo di novità dovrebbe consistere nella maggiore specificazione del requisito attuale della necessaria "violazione di norma di legge o di regolamento". Le norme violate dovrebbero essere anche formalmente identificate (esclusi dunque i casi di mero eccesso o sviamento di potere) e rivolte alla specifica disciplina della funzione o del servizio (non dunque norme di principio o programmatiche).

41010-Decreto Semplificazione.pdfApri