

# Decreto Semplificazioni: affidamento degli appalti pubblici “senza se e senza ma”

**I**l Governo, con il decreto legge n. 76 del 16 luglio 2020, è intervenuto con l’atteso provvedimento sugli appalti.

Non c’è stata la (più volte sbandierata) sospensione del d.lgs. n. 50/2016 - anche perché iniziativa sostanzialmente inutile, visto che sarebbero rimaste vigenti le (molto articolate) direttive europee del 2014 - ma non v’è dubbio che, con il “decreto semplificazioni”, siano state fatte scelte “coraggiose”, talune delle quali, se avranno efficacemente concorso a far ripartire l’economia, potrebbero avere vita successiva al 31 luglio 2021, termine finale delle tante deroghe al codice disposte con il decreto.

Il decreto n. 76/20, pubblicato nella serata del 16 luglio, si pone l’obiettivo di “semplificare” ampi settori della Pubblica Amministrazione, per rendere la sua azione più efficace e soprattutto utile alla ripresa del Paese: tra i tanti settori toccati (edilizia, procedimenti amministrativi, amministrazione digitale, ecc.), il decreto è anche intervenuto sugli appalti pubblici (i primi nove articoli), introducendo, accanto ad alcune modifiche definitive all’attuale testo, una normativa speciale valevole per un anno (dal 17 luglio, giorno di entrata in vigore del decreto, al 31 luglio 2021). Il decreto semplificazioni introduce di fatto una normativa speciale che deroga “a tempo” alcune norme del d.lgs. 50/2016, che riacquisteranno piena efficacia dal 1° agosto 2021.

**La nuova responsabilità erariale (art. 21)**

Prima di affrontare le singole novità sugli affidamenti pubblici, si deve necessariamente sottolineare la vera portata innovativa del decreto semplificazioni, l’“anima” del provvedimento governativo, che intercetta (e a mio avviso in gran parte risolve) la vera fonte della viscosità della maggior parte dei procedimenti amministrativi, comprese le gare pubbliche: quell’incedere “lento” e farraginoso che

ha fatto assumere un’accezione sempre più negativa, del tutto diversa da quella per cui era stato coniato, al termine “burocrazia”.

Il decreto affronta infatti il tema vero, “la questione delle questioni” che, annidandosi in ogni procedimento amministrativo, ne condiziona il “passo”: la sproporzione tra responsabilità “personale” e gli strumenti che vengono messi a disposizione di chi opera nella pubblica amministrazione, in termini di formazione, informazione e risorse.

Chi opera nel pubblico ha oggettive difficoltà a districarsi in un ginepraio assoluto di norme e prescrizioni, di leggi e regolamenti, la cui violazione genera una fastidiosissima responsabilità personale, quella erariale, se non addirittura una responsabilità penale: sproporzione che genera quella comprensibile “paura della firma” (mi riferisco ovviamente a chi, ed è la maggioranza, non usa il reticolo normativo per giustificare la propria “pigrizia”), avvalorata da una frequente dimostrazione di poca sensibilità, nel valutare le azioni e le condotte dei pubblici dipendenti, da

parte delle Procure di Corte dei Conti e Tribunale penale. Ebbene, anche se a valere per il solo anno della “finestra” che ha aperto, il decreto semplificazioni ha radicalmente modificato il perimetro della responsabilità erariale, correlando l’intervento con l’attenuazione (in questo caso definitiva) del reato di “abuso di ufficio”.

L’art. 21 del decreto pone due norme, l’una definitiva e l’altra “a tempo”: con la prima (comma 1), il legislatore impone d’ora in poi alla Corte dei Conti di dimostrare la “volontà dell’evento dannoso”, onerandola pertanto ad un’indagine più rigorosa e profonda allorché valuterà la responsabilità di chi opera nella pubblica amministrazione; con la seconda, che rappresenta una vera e propria rivoluzione in tema di responsabilità erariale, si introduce una norma “a tempo” (perché valevole solo nella “finestra”

**Il decreto semplificazioni  
introduce di fatto una  
normativa speciale che  
deroga “a tempo” alcune  
norme del d.lgs. 50/2016,  
che riacquisteranno piena  
efficacia dal 1° agosto  
2021**

aperta dal decreto: dal 17 luglio 2020 al 31 luglio 2021), ma assolutamente dirimpente.

Nel comma 2 dell'art. 21 il d.l. n. 76/2020 stabilisce, infatti che "la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti è limitata ai casi in cui la ... condotta ... è dolosamente voluta"; è dunque punita la sola condotta dolosa (peraltro da valutare con maggiore attenzione rispetto a prima, per effetto della norma, definitiva, dettata dal comma 1), con l'espulsione "a tempo" della "colpa grave"; il vero spettro per chi opera nel pubblico, che non dovrà più temere di commettere errori.

La volontà del legislatore di dare una "scossa" ai procedimenti amministrativi si comprende ancor più nell'eccezione che il decreto pone alla regola della (si passi la perifrasi, volutamente "forte", ma plasticamente efficace) "irresponsabilità erariale di chi agisce": la limitazione della responsabilità ai fatti dolosi "non si applica per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente". Il decreto semplificazioni ribalta completamente l'assetto attuale, che vedeva nell'"evitare la decisione" lo scudo naturale allo "sbagliare nel decidere": l'art. 21 del decreto ha dunque il pregio di cancellare la "paura dell'errore", esentando da responsabilità chi "agisce", mettendo invece a rischio di dover risarcire la propria amministrazione chi è inerte.

La norma tutela il "fare", anche se "sbagliato", e sanziona il "non fare": per un anno, chi opera nella Pubblica Amministrazione, dovrà temere dunque la propria inerzia, non i propri errori.

Il reale tentativo di "aiutare" chi opera in ambiente pubblico si perfeziona, come anticipato, con la modifica dell'art. 232 del codice penale, che disciplina l'"abuso di ufficio", il classico reato connesso all'attività pubblica: l'art. 23 del decreto, con intervento definitivo (non limitato pertanto alla "finestra" di un anno in cui si collocano la maggior parte delle norme dettate dal decreto semplificazioni), toglie definitivamente di scena la categoria dei "regolamenti" (che,

per numero e per la poca pubblicità, creavano molti imbarazzi), limitando la responsabilità penale alla sola violazione di legge; restringendone peraltro i contenuti, passando dalla precedente "violazione di norme di legge" all'attuale "violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi natura di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità ...".

In questo nuovo quadro di regole comportamentali, oggettivamente innovativo, si collocano le disposizioni che il decreto ha introdotto in tema di appalti pubblici; disposizioni che si sviluppano su due fronti: una normativa speciale valevole per un anno (sia per le gare inferiori alle soglie europee, sia per quelle sopra soglia) ed interventi definitivi sul codice, chirurgici, ma significativi.

### Gli affidamenti sotto-soglia (art. 1)

Il decreto prevede una nuova normativa sul sotto-soglia che sostituisce "a tempo" quella attualmente dettata dall'art. 36 del d.lgs. 50/2016 (che rivivrà quindi dal 1° agosto 2021). Normativa speciale a tempo, perché varrà esclusivamente per gli affidamenti la cui "determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento" sarà adottata tra il 17 luglio 2020 al 31 luglio 2021.

a) Cambia il limite degli affidamenti diretti, che passa da € 40.000 a € 150.000 (art. 1, comma 2, lett. a), con l'avvertenza che l'affidamento deve avvenire entro "due mesi dalla data di adozione dell'atto di avvio del procedimento" e fermo il principio di rotazione, previsto nel non innovato comma 1 dell'art. 36 del codice.

b) Cambiano gli affidamenti tra i € 150.000 e le soglie dettate dall'art. 35, con l'avvertenza che l'affidamento deve essere in questo caso effettuato entro quattro mesi.

Di seguito una tavola sinottica dell'art. 36 del d.lgs. 50/2016: nella prima colonna le disposizioni dei codici valevoli per gli affidamenti avviati prima del 17 luglio 2020 e dopo il 1° agosto 2021); nella seconda colonna le

	Codice	Decreto Semplificazioni
Lavori, servizi e forniture sino alle soglie	affidamento diretto con 5 preventivi (rotazione degli inviti)	procedura negoziata (art. 63) con consultazione di 5 operatori, con rotazione degli inviti che "tenga conto di una diversa dislocazione territoriale"
lavori fino a 350.000	a) lavori fino a 150.000 > affidamento diretto con 3 preventivi (rotazione degli inviti) b) lavori fino a 350.000 > procedura negoziata (art. 63) con consultazione di 10 operatori (rotazione degli inviti)	procedura negoziata (art. 63) con consultazione di 5 operatori, con rotazione degli inviti che "tenga conto di una diversa dislocazione territoriale"
lavori fino a 1.000.000	procedura negoziata (art. 63) con consultazione di 15 operatori (rotazione degli inviti)	procedura negoziata (art. 63) con consultazione di 10 operatori, con rotazione degli inviti che "tenga conto di una diversa dislocazione territoriale"
lavori fino alle soglie	procedura aperta (art. 60)	procedura negoziata (art. 63) con consultazione di 15 operatori, con rotazione degli inviti che "tenga conto di una diversa dislocazione territoriale"

diposizioni dettate per la finestra centrale di un anno, luglio 2020 - luglio 2021:

Nelle procedure sotto soglia viene in luce la prima declinazione concreta della nuova responsabilità erariale, che premia chi agisce e sanziona l'inerzia, correlata ai termini per l'affidamento diretto (due mesi) e per quelli sotto soglia (quattro mesi): il decreto sancisce infatti che «Il mancato rispetto dei termini . . . , 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 . . . » (art. 1, comma 1).

Utile segnalare che in tutte le procedure sotto soglia (compresi gli affidamenti diretti), all'evidente fine di "semplificare" le procedure, si prevede che non venga richiesta la fidejussione provvisoria (art. 1, comma 4) e se la Stazione appaltante ritenga (eccezionalmente) di richiederla, la garanzia è dimezzata rispetto a quanto stabilito all'art. 93 del d.lgs. 50/2016 (quindi al netto di tutte le riduzioni che già prevede tale norma del codice).

#### **Gli affidamenti sopra-soglia (art. 2)**

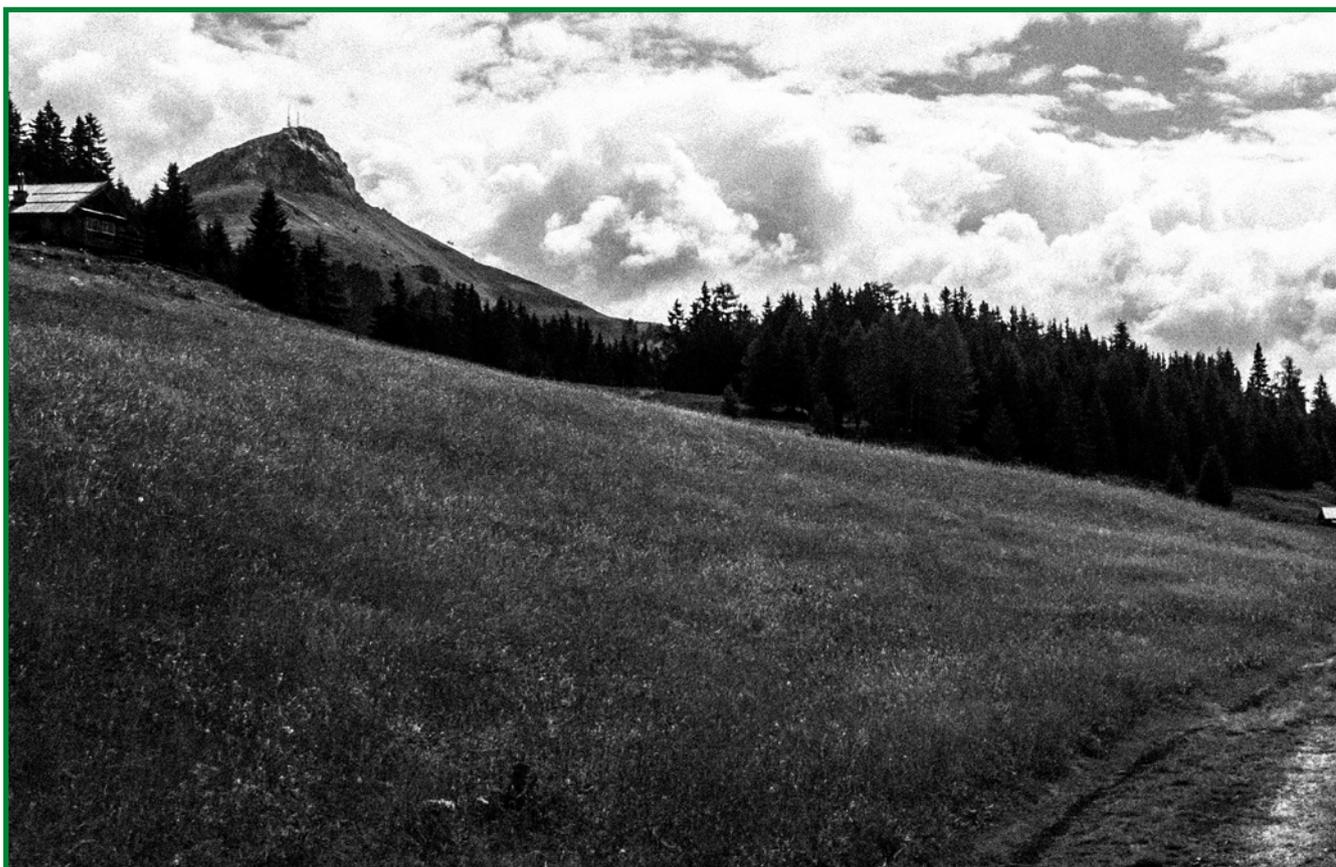
Il decreto prevede anche una normativa speciale per le gare sopra soglia, valevole per le procedure "la cui delibera a contrarre o altro avvio del procedimento" sia stata adottata dal 17 luglio 2020 al 31 luglio 2021.

Anche in questo caso il decreto fissa un termine, sei mesi, entro cui le gare debbono essere aggiudicate; decorsi i quali scatta la "responsabilità erariale" a carico del RUP (o la responsabilità dell'operatore privato in caso di inerzia

di quest'ultimo), secondo la prescrizione già descritta per le gare sotto soglia (art. 2, comma 1). Termine oggettivamente sproporzionato rispetto a quelli previsti per le gare sotto soglia: se i due mesi per l'affidamento diretto appaiono anche "larghi" e probabilmente "giusti" sono i quattro mesi previsti per concludere le gare sotto soglia, sei mesi per aggiudicare una gara europea (con i tempi spesso "biblici" delle commissioni giudicatrici, su cui occorrerà assolutamente intervenire per far rispettare i termini complessivi della procedura) sono probabilmente insufficienti.

Per "aiutare" la sollecita aggiudicazione delle gare europee il decreto "bandisce" per un anno le procedure speciali (cfr. art. 59 del codice), permettendo alle Stazioni appaltanti di utilizzare solamente la "procedura aperta" e la "procedura ristretta" (solo eccezionalmente, previa rigorosa motivazione, la procedura negoziata); peraltro, come si vedrà, con termini ridotti per la presentazione delle offerte.

Ma la vera novità sulle gare sopra soglia, che suscita forti perplessità sulla coerenza con i principi europei di libera concorrenza e sulla tenuta costituzionale del provvedimento, è dettata dai commi 3 e 4 del decreto. Il comma 3 offre la possibilità di evitare la gara europea "per ragioni di estrema urgenza derivanti dagli effetti negativi della crisi causata dalla pandemia . . ." e se i termini pur ridotti non soddisfino l'esigenza di intervenire con celerità: in questi casi (prescindendo dal valore dell'affidamento) è possibile avviare una procedura negoziata senza bando, invitando 5 operatori, ai sensi dell'art. 63 del codice. Il comma 4 addirittura "estremizza" l'intervento prevedendo che, nei settori dell'edilizia (scolastica, universitaria, sanitaria e carceraria), delle infrastrutture (stradali, ferroviarie ed idriche) e per i contratti collegati, le Stazioni appaltanti possano operare



in totale deroga delle norme sugli appalti - quindi senza avviare alcuna procedura anche semplificata - dovendo tenere solamente conto (con un'eccezione che, di fatto, restringe di molto la regola: ferma comunque l'assenza di responsabilità in caso di errore) della normativa penale ed antimafia, dei vincoli UE e dei principi dettati dagli artt. 30 (principi), 34 (sostenibilità ambientale) e 42 (conflitto di interessi) del codice. Invero, il richiamo ai vincoli europei e soprattutto quello all'art. 30 del d.lgs. 50/2016, che è la norma che declina nel codice dei contratti i principi generali dettati dalla normativa europea, rende oggettivamente impossibile disancorarsi totalmente dai canoni fondamentali che vigono sugli affidamenti.

### Modifiche al codice (art. 8)

L'art 8 del decreto è il "contenitore" in cui il governo ha introdotto una serie eterogenea di interventi sugli appalti pubblici ed è l'ultimo preso in esame nel presente lavoro.

Al comma 1 sono state introdotte quattro prescrizioni, accomunate dalla loro finalità "semplificatoria", valevoli per la "finestra" annuale prevista dal decreto: fino al 31 luglio 2021 i) è sempre autorizzata l'esecuzione in via d'urgenza, ii) il sopralluogo deve essere richiesto solo se necessario, iii) nelle procedure ordinarie vige di regola la riduzione dei termini che il codice prevede in caso di urgenza, iv) possono essere avviate procedure concorsuali anche in assenza di programmazione (da adottarsi "a sanatoria" entro il 16 agosto).

Il comma 2 ha acceso il timer per aggiudicare le gare in corso: le procedure le cui offerte sono state presentate entro il 22 febbraio 2020 debbono essere aggiudicate entro il 31 dicembre 2020 (si deve sottolineare che, in questo caso, il decreto non ha sanzionato il superamento del termine con

la responsabilità erariale "da inerzia").

Per immettere liquidità, il comma 4 impone ai direttori dei lavori di adottare il SAL di quanto effettuato entro il 1° agosto (anche in deroga alle clausole contrattuali), di emettere il certificato pagamento al massimo entro il 6 agosto, ed effettuare il pagamento nei 15 giorni successivi. Termini strettissimi, ma anche in questo caso non sanzionati espressamente, anche se la regola generale posta dall'art. 21, menzionato all'inizio di questo intervento, consiglia di motivare eventuali ritardi.

Lo stesso comma 4, intervenendo su una materia al centro dell'attenzione in questi mesi, pone a carico della Stazione appaltante il costo dei maggiori oneri che gli appaltatori hanno sostenuto e dovranno sostenere per i (più gravosi) protocolli di sicurezza adottati per evitare il contagio.

Al comma 5 il decreto ha introdotto una modifica permanente al codice che ha già provocato la reazione che gli addetti ai lavori ebbero quando la medesima norma fu introdotta nel decreto "sblocca cantieri" (decreto legge 32/2019) e, non a caso, eliminata con la relativa legge di conversione: ci si riferisce alla modifica del comma 4 dell'art. 80, che ritiene impeditiva della partecipazione alle gare pubbliche le violazioni agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, anche non definitivamente accertate.

Nel comma 7 il decreto semplificazioni rinvia di un anno tre interventi dello sblocca cantieri che avrebbero avuto termine il 31 dicembre 2010: la possibilità di bandire gare da parte dei Comuni non capoluogo di provincia, la possibilità di bandire gare aventi ad oggetto sia la progettazione che l'esecuzione ("appalto integrato"), l'efficacia dell'albo unico dei commissari presso l'ANAC.

