

Edilizia e Territorio

Nuovo Codice. I contratti sotto soglia: procedura negoziata confermata sotto un milione di euro, ma sopra niente deroghe

Nella fascia 1-5 milioni nessuna procedura semplificata - Eliminate l'esclusione automatica delle offerte anomale (oggi sotto 1 milione) e la procedura ristretta semplificata (sotto 1,5)

15 marzo 2016 - Roberto Mangani



La disciplina dei contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria contenuta nel Decreto delegato di riforma viene modificata in maniera significativa rispetto alle disposizioni vigenti. L'evidenza di questa diversità emerge già da un confronto di tipo meramente quantitativo: a fronte di una normativa complessa, ad oggi contenuta in una serie di articoli (dal 121 al 125) del D.lgs. 163/2006, il Decreto di riforma si limita a individuare una disciplina piuttosto scarna, contenuta nel solo articolo 36.

Nel merito, questa diversità di approccio comporta il venir meno, per gli appalti di lavori di importo più elevato (pari o superiore a 1 milione di euro) di alcune disposizioni semplificate e acceleratorie che sono contenute nella disciplina vigente.

In estrema sintesi si può affermare che **nell'ambito dei contratti sotto soglia la disciplina effettivamente derogatoria riguarda in maniera generalizzata le forniture e i servizi; mentre per i lavori le deroghe si riferiscono solo a quelli di importo inferiore a 1 milione di euro**, essendovi per quelli di importo pari o superiore a tale soglia una sostanziale omologazione agli appalti sopra

soglia.

L'INQUADRAMENTO GENERALE

Le soglie di riferimento sono indicate all'articolo 35 e derivano dalle previsioni comunitarie: euro 5.255.000 per i lavori e euro 209.000 per le forniture e i servizi (che si abbassa a 135.000 euro se l'ente appaltante è un'amministrazione centrale e si alza a 750.000 euro per gli appalti di servizi sociali e altri particolari servizi).

La relativa disciplina, come detto, **è interamente contenuta nell' articolo 36**. Al riguardo, **si potrebbe porre il dubbio se**, al di là delle specifiche disposizioni contenute nel richiamato articolo, per tutti gli altri aspetti trovino integrale applicazione le norme del Decreto relative agli appalti sopra soglia. Il dubbio nasce dal fatto che non viene riprodotta la previsione attualmente contenuta al comma 1 dell'articolo 125 del D.lgs. 163 che individua in maniera puntuale le disposizioni dello stesso applicabili agli appalti sotto soglia. Ma anche dal richiamo contenuto nel comma 1 dell'articolo 36 alla necessità che l'affidamento e l'esecuzione dei contratti sotto soglia avvenga nel rispetto dei principi generali sanciti dall'articolo 4 (economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità). Tale richiamo, infatti, appare incongruo se agli appalti in questione devono comunque trovare applicazione le specifiche disposizioni che di quei principi sono espressione. Anche se occorre tener conto che il rispetto di tali principi può comunque valere ai fini dello svolgimento delle procedure negoziate previste per l'affidamento dei contratti sotto soglia (di cui si dirà appresso).

Nonostante questi dubbi, **si deve ritenere che ai contratti sotto soglia siano applicabili le disposizioni relative ai contratti sopra soglia in quanto non derogate dalle previsioni dell'articolo 36 o da altre puntuali norme**. E ciò anche alla luce del principio generale dell'articolo 1, comma 1 che delimita l'ambito di applicazione del Decreto di riforma a tutti i contratti di appalto aventi ad oggetto l'acquisizione di servizi, forniture, lavori e opere.

LE MODALITA' DI AFFIDAMENTO

Affidamento diretto sotto i 40mila euro (tutti i contratti)

Il comma 2 stabilisce che per tutti i contratti (lavori, forniture e servizi) di importo inferiore a 40.000 euro è consentito l'affidamento diretto, purché adeguatamente motivato.

Al di sopra di tale soglia minima viene invece introdotta una disciplina differenziata tra forniture e servizi da un lato e lavori dall'altro.

Forniture e servizi da 40mila alla soglia Ue: procedura negoziata

Per tutte le forniture e servizi di importo pari o superiore a 40.000 euro e fino alla soglia comunitaria (209mila euro) l'affidamento deve essere preceduto da una **procedura negoziata con obbligo di consultazione di un numero minimo di tre operatori**, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi precostituiti, nel rispetto del criterio di rotazione. A valle dell'aggiudicazione deve essere pubblicato il relativo avviso, in cui vanno indicati anche i nominativi dei soggetti invitati. *(Questa norma innalza di fatto da 100mila a 209mila euro il tetto massimo entro il quale possono essere affidati servizi con procedura negoziata, si veda il servizio. Nota della redazione)*

Lavori sopra 40mila euro, varie fasce di importo

Per i lavori sopra i 40.000 euro viene invece dettata una disciplina più articolata, suddivisa per ulteriori fasce di importo. **Fino a 150.000 euro**, valgono le stesse modalità di affidamento appena ricordate per tutte le forniture e servizi: svolgimento di una **procedura negoziata** con almeno tre invitati da selezionare con gli strumenti indicati. Anche per i **lavori ricompresi tra 150.000 e 1 milione di euro** la modalità di affidamento è la medesima (**procedura negoziata**), con l'unica differenza che devono essere invitati almeno cinque operatori (modalità non dissimile da quella prevista dall'attuale disciplina). *(Ricordiamo che la soglia per la procedura negoziata per i lavori è stata innalzata da 500mila euro a un milione con il Dl 70/2011, ai tempi del governo Berlusconi III. Il nuovo Codice conferma dunque questa soglia, senza ripensamenti. Nota della redazione)*

Infine, per i **lavori di importo pari o superiore a 1 milione di euro**, l'affidamento deve avvenire ricorrendo alle procedure ordinarie. Considerato che – come si dirà meglio più avanti – il Decreto in esame non prevede più per tutti indistintamente i contratti sotto soglia una serie di semplificazioni e deroghe rispetto alla disciplina applicabile ai contratti sopra soglia, si può concludere che **per gli appalti di lavori di importo pari o superiore a 1 milione di euro vi è una sostanziale omologazione agli appalti di importo superiore alla soglia comunitaria**.

Opere di urbanizzazione a scomputo

Sempre in relazione ai lavori la disciplina si completa con alcune specifiche previsioni relative alla realizzazione delle opere di urbanizzazione a scomputo. Mentre per le opere di urbanizzazione secondaria – naturalmente sotto soglia – l'affidamento deve avvenire tramite procedura negoziata con invito di almeno cinque operatori, per la realizzazione delle opere di urbanizzazione primaria non si applicano le norme del Decreto (e quindi il soggetto attuatore le può realizzare direttamente o affidarle secondo modalità privatistiche).

Procedura negoziata: la scelta delle imprese da invitare

Come si è detto, ai fini dello svolgimento della procedura negoziata nelle ipotesi sopra indicate, i soggetti da invitare vanno selezionati tramite indagini di mercato o individuandoli nell'ambito di elenchi precedentemente istituiti dall'ente appaltante. Viene quindi replicata una modalità di selezione già presente nel sistema vigente e che tradizionalmente presenta dei profili di criticità, sia in relazione ai contenuti concreti e alle forme di svolgimento delle indagini di mercato che ai criteri di istituzione e gestione degli elenchi.

Sotto questo aspetto assume un rilievo significativo la previsione contenuta al comma 7 che affida all'**Anac le modalità di dettaglio**, cioè il compito di indicare, nell'ambito delle linee guida che la stessa è chiamata ad emanare, le modalità di dettaglio cui dovranno attenersi gli enti appaltanti nello svolgimento delle indagini di mercato e nella tenuta degli albi di operatori.

E' peraltro stabilito che **fino all'emanazione di tali linee guida l'unica modalità di selezione dei soggetti da invitare è l'indagine di mercato**. A tal fine gli enti appaltanti sono tenuti a pubblicare sul proprio sito internet, per almeno quindici giorni, un avviso con cui rendono nota l'intenzione di svolgere la procedura negoziata e i requisiti minimi richiesti ai potenziali concorrenti. **Viene quindi introdotta una forma di pubblicità obbligatoria**, anche se nulla viene detto in merito alle modalità di selezione dei soggetti che abbiano richiesto di essere invitati. Tale selezione è quindi lasciata alla discrezionalità del singolo ente appaltante, che dovrà tuttavia esercitarla nel rispetto dei principi generali di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, esplicitamente richiamati dal comma 1 (vedi sopra).

Nel periodo transitorio – e cioè dall'entrata in vigore del nuovo Decreto fino all'emanazione delle linee guida dell'Anac – **sembra invece precluso il ricorso agli elenchi degli operatori economici**. Previsione che appare poco funzionale e ingiustificatamente penalizzante, tenuto conto che impedisce l'utilizzo degli albi a quegli enti appaltanti che nel tempo se ne erano già dotati, anche con risultati positivi.

LA VERIFICA DEI REQUISITI

I commi 5 e 6 si occupano della verifica dei requisiti degli operatori che partecipano alle procedure negoziate, con alcune previsioni la cui formulazione suscita qualche dubbio.

Il primo periodo del comma 5 stabilisce infatti che per gli affidamenti di forniture e servizi di importo inferiore alle soglie comunitarie e per quelli di lavori di importo inferiore a 150.000 euro, la verifica è limitata "esclusivamente" ai requisiti generali e va fatta tramite la consultazione della Banca dati nazionale.

Il secondo periodo prevede tuttavia che gli enti appaltanti devono verificare il possesso dei requisiti economico – finanziari e tecnico – professionali richiesti nei documenti di gara. La mancata delimitazione dei casi in cui va effettuata tale verifica sembra dare alla stessa una portata generalizzata; il che, però, si pone in contrasto con quanto indicato nel periodo precedente, che per gli appalti di importo minore sembrerebbe escludere l'obbligo di verifica dei requisiti speciali.

Occorre tuttavia evidenziare che appare contrario a ogni principio e regola in tema di qualificazione che non si proceda alla verifica dei requisiti speciali dei concorrenti. Probabilmente l'intento della norma era quello di riferire l'avverbio "esclusivamente" non alla delimitazione dei requisiti da verificare (solo quelli generali) ma all'individuazione delle

modalità attraverso cui operare tale verifica (solo attraverso la Banca dati nazionale). Sarebbe tuttavia auspicabile maggiore chiarezza sul punto in sede di redazione del testo finale.

In ogni caso **la verifica è obbligatoria solo nei confronti dell'aggiudicatario, mentre è meramente facoltativa rispetto agli altri concorrenti** (comma 6).

Va infine ricordato, sotto altro profilo, che per i lavori di importo inferiore a 150.000 euro non è obbligatoria ai fini della qualificazione l'attestazione SOA, che viene sostituita con specifici requisiti richiesti dall'ente appaltante in occasione della gara (articolo 84).

COSA VIENE ELIMINATO

Per avere un quadro completo della disciplina dei contratti sotto soglia contenuta nel nuovo Decreto occorre analizzare le disposizioni attualmente vigenti che vengono eliminate.

In primo luogo **non vi è più traccia delle norme semplificatorie in materia di pubblicità**. Ciò significa che **per gli appalti di lavori di importo pari o superiore a 1 milione di euro valgono le forme di pubblicità nazionale indicate all'articolo 73**, mentre – nonostante non vi sia un'esplicita esclusione in tal senso – si ritiene non debbano trovare applicazione le forme di pubblicità di tipo comunitario (pubblicazione sulla GUCE) previste dall'articolo 72.

Non è più prevista la riduzione dei termini delle procedure di gara, con la conseguenza che varranno quelli previsti in via ordinaria per gli appalti sopra soglia.

Scompare anche il meccanismo di esclusione automatica delle offerte anomale, che oggi è consentito per i lavori fino a 1 milione di euro e per le forniture e servizi fino a 100.000 euro.

Inoltre viene **integralmente eliminata la procedura ristretta semplificata** che oggi è disciplinata dall'articolo 123 del D.lgs. 163 ai fini dell'affidamento degli appalti di lavori di importo inferiore a 1,5 milioni di euro.

Infine, **viene meno l'intera disciplina delle prestazioni in economia**, ad oggi contenuta nell'articolo 125 del D.lgs. 163. Sotto quest'ultimo profilo va peraltro evidenziato che gli effetti pratici di questa eliminazione risultano abbastanza limitati. La disciplina attualmente vigente prevede infatti che, nell'ambito delle prestazioni in economia, si possa procedere nei seguenti termini: a) affidamento diretto di lavori, forniture e servizi entro la soglia di 40.000 euro; b) sopra la soglia di 40.000 euro e fino a 200.000 euro, l'affidamento deve essere preceduto da una consultazione di almeno cinque soggetti individuati tramite indagini di mercato o elenchi precostituiti di operatori, e nel rispetto dei principi generali di trasparenza, rotazione e parità di trattamento.

Nella nuova disciplina, come visto più sopra, è comunque consentito l'affidamento diretto di tutti gli appalti entro la soglia dei 40.000 euro, che diventa quindi generalizzato e di conseguenza consentito anche per le tipologie di prestazioni che oggi vengono qualificate "in economia". Mentre **per i lavori fino a 1 milione di euro e le forniture e i servizi fino alle soglie comunitarie vengono disciplinate modalità di affidamento sostanzialmente analoghe a quelle oggi previste per le prestazioni in economia fino a 200.000 euro**, che potranno quindi essere applicate anche a queste ultime.

In definitiva, l'eliminazione del complesso delle disposizioni ad oggi contenute negli articoli da 121 a 125 del D.lgs. 163 sembra destinato a produrre gli effetti pratici più significativi per i lavori di importo pari o superiore a 1 milione di euro. Per questi ultimi, infatti, vengono meno tutte le disposizioni acceleratorie e semplificatorie previste dalle norme vigenti in materia di pubblicità, riduzione di termini, possibilità di utilizzo della procedura ristretta semplificata. Mentre per i lavori di importo inferiore a 1 milione di euro e per i servizi e le forniture di importo inferiore alle soglie comunitarie la novità più significativa che si profila è l'eliminazione della facoltà di esclusione automatica delle offerte anomale.