

STUDIO LEGALE CANCRINI E PARTNERS

DECRETO LEGGE 16 LUGLIO 2020, N. 76 - C.D. DECRETO SEMPLIFICAZIONI CONTRIBUTI DI APPROFONDIMENTO ALLE DISPOSIZIONI PIÙ RILEVANTI IN MATERIA DI CONTRATTI PUBBLICI

D.L. 16-7-2020 n. 76

Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale.

Pubblicato nella Gazz. Uff. 16 luglio 2020, n. 178, S.O.

ART. 1. PROCEDURE SOTTO SOGLIA

a cura di Massimo Nunziata

Comma 1

Ambito deroga agli artt. 36, comma 2, e 157, comma 2, c.c.p.: determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento adottato entro il 31 luglio 2021.

Salvi provvedimenti cautelari del G.A., aggiudicazione entro 2 mesi dal bando o 4 mesi per i contratti > 150.000€.

Mancato rispetto dei termini: danno erariale per RUP (stipula) e causa di esclusione/risoluzione per l'operatore (ove a questi imputabile).

Comma 2

Procedure individuazione contraente (fino al 31.7.2020):

- a) affidamento diretto per lavori, servizi e forniture di importo inferiore a 150.000 euro e, comunque, per servizi e forniture nei limiti delle soglie di cui al citato articolo 35;
- b) procedura negoziata, senza bando, *ex art. 63 c.c.p.*, con consultazione di: 5 operatori, per servizi/forniture importi tra 150.000€ e le soglie UE e per lavori tra 150.000€ e 350.000€; 10 operatori per lavori tra 350.000€ e 1 mln€; 15 operatori per lavori tra 1mln€ e le soglie UE

Comma 3

Criteri per le procedure negoziate: offerta economicamente più vantaggiosa o prezzo più basso.

Ove si utilizzi il criterio del prezzo più basso: esclusione automatica delle offerte sospette di anomalia, anche se le offerte ammesse sono superiori a cinque.

Comma 4

Non sono richieste in gara le garanzie provvisorie, salve particolari esigenze indicate nel bando e comunque di importo dimezzato rispetto a quello previsto dall'art. 93 c.c.p.

Comma 5

Applicazione di queste norme anche alle procedure per l'affidamento dei servizi di organizzazione, gestione e svolgimento delle prove dei concorsi pubblici di cui agli articoli 247 e 249, d.l. 34/2020, fino all'importo di cui alla lettera d), comma 1, dell'art. 35 c.c.p.

ART. 2. PROCEDURE SOPRA SOGLIA

a cura di Massimo Nunziata

Comma 1

Ambito applicazione nuove regole: determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento adottato entro il 31 luglio 2021.

Salvi provvedimenti cautelari del G.A., aggiudicazione entro 6 mesi dal bando.

Mancato rispetto dei termini: danno erariale per RUP (stipula) e causa di esclusione/risoluzione per l'operatore (ove a questi imputabile).

Comma 2

Procedure individuazione contraente (fino al 31.7.2020): procedura aperta, ristretta o, previa motivazione sulla sussistenza dei presupposti, procedura competitiva con negoziazione ex artt. 61-62 (settori ordinari), 123-124 (settori speciali) c.c.p., in ogni caso con i termini ridotti di cui all'art. 8, comma 1, lettera c).

Comma 3

Procedura negoziata ex art. 63 (settori ordinari) e 125 (settori speciali) c.c.p. 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, neppure i termini abbreviati possono essere rispettati.

Comma 4

Deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea (direttive UE contratti pubblici e principi artt. 30, 34, 42 c.c.p. e subappalto).

Comma 5

Per ogni gara il RUP valida ed approva ciascuna fase progettuale o di esecuzione del contratto, anche in corso d'opera.

Comma 6

Pubblicità degli atti su Amministrazione trasparente.

ART. 3. VERIFICHE ANTIMAFIA E PROTOCOLLI DI LEGALITÀ

a cura di Vittorio Capuzza

Comma 1

Per potenziare e semplificare il sistema delle verifiche antimafia per corrispondere con efficacia e celerità alle esigenze degli interventi di sostegno e rilancio del sistema economico-produttivo conseguenti all'emergenza sanitaria globale del COVID-19, **fino al 31 luglio 2021, è stato disposto che ricorre sempre il caso d'urgenza e si procede ai sensi dell'articolo 92, comma 3, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159**, nei procedimenti avviati su istanza di parte, che hanno ad oggetto l'erogazione di benefici economici comunque denominati, erogazioni, contributi, sovvenzioni, finanziamenti, prestiti, agevolazioni e pagamenti da parte di pubbliche amministrazioni, qualora il rilascio della documentazione non sia immediatamente conseguente alla consultazione della banca dati di cui all'articolo 96 del Codice antimafia

L'art. 92, comma 3 del Codice antimafia dispone che nei casi di urgenza, immediatamente, le amministrazioni procedono anche in assenza dell'informazione antimafia. I contributi, i finanziamenti, le agevolazioni e le altre erogazioni di cui all'articolo 67 del codice antimafia sono corrisposti sotto condizione risolutiva e le amministrazioni revocano le autorizzazioni e le concessioni o 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.

Comma 2

Fino al 31 luglio 2021, per le verifiche antimafia riguardanti l'affidamento e l'esecuzione dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, si procede mediante **il rilascio della informativa liberatoria provvisoria, immediatamente conseguente alla consultazione della Banca dati nazionale unica della documentazione antimafia.**

L'informativa liberatoria provvisoria 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 trenta giorni. In relazione all'informativa liberatoria c'è da precisare che, più in generale, il **Decreto del Ministero dell'Interno del 15 luglio 2019**, *“Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici”* ha semplificato il procedimento per l'iscrizione delle imprese nella Banca dati nazionale e la verifica immediata di eventuali anomalie riscontrate nella documentazione prodotta. Dal sistema informatizzato verrà quindi rilasciata una provvisoria autorizzazione a partecipare a gare di appalto presso la P.A. e un controllo successivo entro 15 giorni (non più 30) ne verifica i requisiti. Inoltre, se non risultano motivi ostativi o elementi a rischio,

viene rilasciata una liberatoria provvisoria a stipulare contratti con la P.A. alle imprese interessate: nei successivi 30 giorni (non più 45) vengono effettuati i riscontri sulla documentazione prodotta. **Il comma 4** dell'art. 3 del decreto semplificazioni dispone le conseguenze nel caso in cui i riscontri diano esiti negativi: le amministrazioni recedono dal contratto.

Comma 5

Si prevede un ulteriore decreto del Ministro dell'interno, da adottare entro quindici giorni dalla data di entrata in vigore del decreto n. 76 (cioè il 17 luglio 2020), con il quale potranno essere individuate ulteriori misure di semplificazione relativamente alla competenza delle Prefetture in materia di rilascio della documentazione antimafia e ai connessi adempimenti.

Comma 7

Inserisce un nuovo articolo nel Codice antimafia, **l'art. 83-bis** (Protocolli di legalità):

*“1. **Il Ministero dell'interno può sottoscrivere protocolli**, o altre intese comunque denominate, per la prevenzione e il contrasto dei fenomeni di criminalità organizzata, anche allo scopo di estendere convenzionalmente il ricorso alla documentazione antimafia di cui all'articolo 84. I protocolli di cui al presente articolo possono essere sottoscritti anche con imprese di rilevanza strategica per l'economia nazionale nonché con associazioni maggiormente rappresentative a livello nazionale di categorie produttive, economiche o imprenditoriali, e possono prevedere modalità per il rilascio della documentazione antimafia anche su richiesta di soggetti privati, nonché determinare le soglie di valore al di sopra delle quali è prevista l'attivazione degli obblighi previsti dai protocolli medesimi. I protocolli possono prevedere l'applicabilità delle previsioni del presente decreto anche nei rapporti tra contraenti, pubblici o privati, e terzi, nonché tra aderenti alle associazioni contraenti e terzi.*

2. L'iscrizione nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori di cui all'articolo 1, commi 52 e seguenti, della legge 6 novembre 2012, n. 190 [si tratta dei settori individuati dalla legge anticorruzione per i quali vigeva, prima della sospensione operata dal decreto sblocca-cantieri, l'obbligo della terna dei subappaltatori in gara], nonché l'iscrizione nell'anagrafe antimafia degli esecutori istituita dall'articolo 30 del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229 [al comma 6 è sancito che gli operatori economici interessati a partecipare, a qualunque titolo e per qualsiasi attività, agli interventi di ricostruzione, pubblica e privata, nei Comuni - di cui all'art. 1 - , devono essere iscritti, a domanda, in un apposito elenco, tenuto dalla Struttura e denominato Anagrafe antimafia degli esecutori, d'ora in avanti «Anagrafe». Ai fini dell'iscrizione è necessario che le verifiche di cui agli articoli 90 e seguenti del Codice antimafia, anche per qualsiasi importo o valore del contratto, subappalto o subcontratto, si siano concluse con esito liberatorio. Tutti gli operatori economici interessati sono comunque ammessi a partecipare alle procedure di affidamento per gli interventi di ricostruzione pubblica, previa dimostrazione o esibizione di

apposita dichiarazione sostitutiva dalla quale risulti la presentazione della domanda di iscrizione all'Anagrafe], *equivale al rilascio dell'informazione antimafia*.

3. Le stazioni appaltanti prevedono negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il mancato rispetto dei protocolli di legalità costituisce causa di esclusione dalla gara o di risoluzione del contratto”.

ART. 4. CONCLUSIONE DEI CONTRATTI PUBBLICI E RICORSI GIURISDIZIONALI

a cura di Francesco Vagnucci e Gregorio Calabresi

Comma 1

La norma in commento ha modificato l'art. 32, comma 8, D.Lgs. n. 50/2016 stabilendo che la stipulazione del contratto **deve avere luogo** entro sessanta giorni dal momento in cui diviene efficace l'aggiudicazione, salve le seguenti ipotesi:

i) l'eventuale esercizio dei poteri di autotutela;

ii) l'indicazione di un diverso termine all'interno del bando (o dell'invito ad offrire);

iii) l'ipotesi di differimento espressamente concordata con l'aggiudicatario, **purché giustificata dall'interesse (pubblico) alla sollecita esecuzione del contratto.**

Il Legislatore ha disposto che l'eventuale mancata stipula del contratto nel termine previsto deve essere motivata con specifico riferimento sia all'interesse della stazione appaltante che a quello nazionale alla sollecita esecuzione del contratto e viene valutata ai fini della responsabilità erariale e disciplinare del dirigente preposto.

Viene, inoltre, specificato che, salvo quanto previsto dall'art. 32, commi 9 e 11 c.c.p. che prevedono il c.d. *stand still* sostanziale (trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione) e processuale, **la pendenza di un ricorso giurisdizionale**, ove non sia disposta una inibitoria giudiziale (sospensiva), **non costituisce giustificazione adeguata alla mancata stipula del contratto nel termine previsto.**

Si tratta di una norma diretta ad evitare che, anche in accordo con l'aggiudicatario, venga ritardata o rinviata la stipulazione del contratto per pendenza di ricorsi giurisdizionali o per altri motivi.

La disposizione va inoltre raccordata, dal lato dell'operatore economico, con quella di cui al comma 1 dell'art. 2 del decreto, che in relazione alle procedure sopra soglia avviate entro il 31 luglio 2021 sanziona con l'esclusione, o comunque con la risoluzione del contratto per inadempimento operante di diritto, il mancato rispetto dei termini per l'aggiudicazione, ovvero la mancata tempestiva stipulazione del contratto e il tardivo avvio dell'esecuzione dello stesso, qualora imputabili all'operatore economico.

È prevista, infine, la facoltà delle stazioni appaltanti di stipulare contratti di assicurazione della propria responsabilità civile derivante dalla conclusione del contratto e dalla prosecuzione o sospensione della sua esecuzione. Ciò all'evidente fine di coprire il rischio di soccombenza risarcitoria in eventuali contenziosi relativi all'affidamento del contratto.

Comma 2

La norma prevede che in caso di impugnazione degli atti relativi alle procedure di affidamento di cui agli artt. 1 (**procedure sotto soglia**) e 2, comma 2 D.L. c.d. "Semplificazioni" (**procedure sopra soglia aperte, ristrette e negoziate ex artt. 6 e 62 c.c.p.**), qualora rientranti nell'ambito applicativo dell'articolo 119, comma 1, lettera a) c.p.a. ("*... i provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture*"), si applica **l'articolo 125, comma 2 c.p.a.** che impone **un onere motivazionale aggravato in sede di decisione cautelare**, volto verificare l'impatto dell'accoglimento della domanda cautelare sull'interesse pubblico legato alla celere conclusione delle procedure e realizzazione dell'opera ("*In sede di pronuncia del provvedimento cautelare, si tiene conto delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera, e, ai fini dell'accoglimento della domanda cautelare, si valuta anche la irreparabilità del pregiudizio per il ricorrente, il cui interesse va comunque comparato con quello del soggetto aggiudicatore alla celere prosecuzione delle procedure*").

Si segnala che analoga previsione è stata introdotta per le controversie promosse in corso di esecuzione del contratto. All'art. 5 ("*Sospensione dell'opera pubblica*"), comma 6, è infatti stabilito che "*In sede giudiziale, sia in fase cautelare che di merito, il giudice tiene conto delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale o locale alla sollecita realizzazione dell'opera, e, ai fini dell'accoglimento della domanda cautelare, il giudice valuta anche la irreparabilità del pregiudizio per l'operatore economico, il cui interesse va comunque comparato con quello del soggetto pubblico alla celere realizzazione dell'opera. In ogni caso, l'interesse economico dell'appaltatore o la sua eventuale sottoposizione a procedura concorsuale o di crisi non può essere ritenuto prevalente rispetto all'interesse alla realizzazione dell'opera pubblica*". Pur trattandosi di disposizione riferita *stricto iure* ai giudizi concernenti la fase esecutiva, deve rilevarsi come di essa (e precisamente dei principi e parametri interpretativi in essa sanciti) si trovi chiara traccia testuale anche nelle prime pronunce cautelari adottate dai giudici amministrativi subito all'indomani della pubblicazione del decreto legge.

Comma 3

Il Legislatore ha previsto, inoltre, che si applichino **tutte le disposizioni di cui all'art. 125 c.p.a.**, incluso quindi il divieto di caducazione del contratto già stipulato in caso di sospensione o annullamento dell'aggiudicazione e la correlata previsione della sola tutela risarcitoria per equivalente (art. 125 comma 3), in caso di impugnazione degli atti relativi alle procedure di affidamento di cui all'art. 2, comma 3, riferito alle **procedure negoziate sopra soglia esperite 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”.

Comma 4

Tale disposizione introduce modifiche all'art. 120 c.p.a., volte a favorire la sollecita definizione del merito già in sede cautelare.

Il giudizio, infatti, a seguito della modifica introdotta, **deve essere di norma definito**, anche in deroga al comma 1, primo periodo dell'articolo 74 (“... *la manifesta fondatezza ovvero la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso ...*”), **in esito all'udienza cautelare** ai sensi dell'articolo 60, ove ne ricorrano i presupposti, anticipando quindi di regola la decisione alla fase cautelare (cfr. art. 120, comma 6 c.p.a.).

Sotto ulteriore profilo il Legislatore ha previsto che **la sentenza che definisce il giudizio debba essere depositata entro quindici giorni dalla discussione**. Nel medesimo termine è consentita la pubblicazione del dispositivo con specificazione delle domande eventualmente accolte e delle misure per darvi attuazione solo nel caso di motivazione è particolarmente complessa. In quest'ultimo caso il deposito della sentenza deve avvenire nel termine di trenta giorni dall'udienza (cfr. art. 120, comma 9 c.p.a.).

È stata, dunque, espunta la previsione della pubblicazione rapida del dispositivo su richiesta di una delle parti entro due giorni dall'udienza.

ART. 5 SOSPENSIONE DELL'ESECUZIONE DELL'OPERA PUBBLICA.

a cura di Francesco Toscano e Marco Sciolli

Profili generali

L'articolo in commento è diretto ad intervenire sulle problematiche connesse alle cause e alle tempistiche afferenti la sospensione dei lavori sia relativamente ai contratti stipulati dopo l'entrata in vigore del D.L. in oggetto, sia ai contratti in corso.

Vengono innanzitutto indicate (comma 1) in modo tassativo (con una elencazione innovativa rispetto al passato) le cause legittimanti la sospensione dei lavori e - con lo scopo di limitarne l'impatto negativo - vengono anche delineate le modalità procedurali per giungere, ove possibile, ad una pronta ripresa dei lavori (comma 2), anche attraverso l'adozione di “*eventuali modifiche da apportare per la realizzazione dell'opera a regola d'arte*” (comma 3).

Le disposizioni in esame, **applicabili transitoriamente (fino al 31.7.2021) alle sole commesse di importo pari o superiore alle soglie comunitarie di cui all'art. 35 del Codice dei contratti pubblici**, attribuiscono a tal fine un ruolo nodale al collegio consultivo tecnico di cui all'art. 6 del medesimo

Decreto, chiamato infatti ad accertare la sussistenza delle cause sospensive nonché a definire le concrete modalità di prosecuzione dell'opera.

Comma 1

In deroga a quanto previsto dall'articolo 107 del D.Lgs. 50/2016, fino al 31 luglio 2021, la sospensione volontaria o coattiva dei lavori di valore pari o superiore alle soglie di cui all'art. 35 del medesimo Codice - anche se già avviati antecedentemente all'entrata in vigore del Decreto in commento - può avvenire unicamente per le seguenti ragioni, connotate (nelle lett. b), c) e d) per la prima volta, e a differenza del passato, dall'ulteriore specificazione della "gravità":

"a) cause previste da disposizioni di legge penale, dal codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, nonché da vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea;

b) gravi ragioni di ordine pubblico, salute pubblica o dei soggetti coinvolti nella realizzazione delle opere, ivi incluse le misure adottate per contrastare l'emergenza sanitaria globale da COVID-19;

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

d) gravi ragioni di pubblico interesse."

La lettera a) risulta innovativa nella declaratoria delle situazioni ostative e, relativamente alle ipotesi di sospensione dei lavori per *"i vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione Europea"* appare di difficile specificazione e potrebbe, quindi, anche prestarsi a possibili strumentalizzazioni.

Altrettanto innovativa è l'ipotesi di sospensione di cui alla lett. c), da disporre nel caso in cui – per gravi ragioni di ordine tecnico – *"non vi è accordo"* tra committente e appaltatore sulle modalità di superamento della criticità sottesa.

Comma 2

Fermo restando che la sospensione è in ogni caso disposta dal responsabile unico del procedimento (venendo perciò meno la previgente competenza prevista anche in capo al D.L.), sono previste procedure differenziate per le richiamate ipotesi legittimanti la sospensione.

Segnatamente, nelle ipotesi di cui alla lett. a) si procede secondo quanto stabilito, come si vedrà di seguito, dall'innovativo comma 4 dell'articolo in commento e, con riguardo alla lett. c), con la procedura di cui al comma 3, che comunque rinvia sempre alle modalità del comma 4.

Al ricorrere delle fattispecie riconducibili alle lettere b) e d), le stazioni appaltanti ovvero le autorità competenti (non meglio definite) possono autorizzare - su determinazione del collegio consultivo tecnico - la prosecuzione dei lavori compatibilmente alle esigenze sottese ai provvedimenti di sospensione, salvo assoluta e motivata incompatibilità tra causa sottesa alla sospensione e prosecuzione dei lavori.

Comma 3

Per le ipotesi di cui alla lettera c) del primo comma del presente articolo, è prevista l'adozione da parte del **collegio consultivo tecnico, entro i 15 giorni** successivi alla comunicazione della sospensione ovvero dal verificarsi della causa alla stessa presupposta, di una determinazione che accerti l'esistenza di una causa tecnica tale da legittimare la sospensione dei lavori.

Tale determinazione dovrà altresì indicare le modalità con cui proseguire i lavori (comprese fra quelle di cui al successivo comma 4) nonché le eventuali modifiche necessarie ai fini del completamento e della realizzazione dell'opera a regola d'arte. Risulta quindi tipizzata una nuova modalità di adozione di *varianti* ("modifiche necessarie") in aggiunta a quelle già previste dall'art. 106 del Codice e in deroga ad esse.

Comma 4

Assolutamente innovativo e, per certi versi, di dubbia legittimità è il comma 4, sia perché trova applicazione "*per qualsiasi motivo*" che determini la non possibilità di proseguire i lavori con il soggetto designato e, quindi, anche **al di là delle ipotesi di cui alle precedenti lett. a) e c)** del comma 1, che erano le uniche a fare rinvio al comma 4; sia perché per la prima volta stabilisce che, in tal caso, le **situazioni di concordato con continuità aziendale** (e più in generale di crisi o insolvenza dell'esecutore ovvero di autorizzazione all'esercizio provvisorio dell'attività di impresa) legittimano la stazione appaltante a dichiarare senza indugio "*la risoluzione del contratto*", che peraltro opera "*di diritto*", evidentemente **in deroga all'art. 186-bis della Legge fallimentare**.

Tale disposizione prevede sia le modalità di risoluzione del rapporto contrattuale sia quelle di eventuale prosecuzione dei lavori con l'esecutore originario, ma a quest'ultimo riguardo introduce il criterio dei "*gravi motivi tecnici ed economici*" tali da rendere "*possibile o preferibile*" la prosecuzione con il medesimo soggetto, rendendo così la decisione finale alquanto discrezionale e di difficile sindacato giurisdizionale. Nel caso in cui non ricorrano i suddetti gravi motivi tecnici ed economici, previo parere del collegio consultivo tecnico e **in deroga alla procedura di cui all'art. 108, commi 3 e 4 del D.Lgs. 50/2016**, la stazione appaltante dichiara la risoluzione del contratto, che opera di diritto, successivamente provvedendo secondo una delle seguenti alternative modalità:

a) procede all'esecuzione in via diretta dei lavori, anche avvalendosi, nei casi consentiti dalla legge, previa convenzione, di altri enti o società pubbliche nell'ambito del quadro economico dell'opera;

b) interpella progressivamente i soggetti che hanno partecipato alla originaria procedura di gara come risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento del completamento dei lavori, se tecnicamente ed economicamente possibile e alle condizioni proposte dall'operatore economico interpellato;

c) indice una nuova procedura per l'affidamento del completamento dell'opera;

d) propone alle autorità governative la nomina di un commissario straordinario per lo svolgimento delle attività necessarie al completamento dell'opera ai sensi dell'articolo 4 del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 giugno 2019, n. 55. Al fine di salvaguardare i livelli occupazionali e contrattuali originariamente previsti, l'impresa

subentrante, ove possibile e compatibilmente con la sua organizzazione, prosegue i lavori anche con i lavoratori dipendenti del precedente esecutore se privi di occupazione”

Desta alcune perplessità la previsione innovativa di cui alla lett. a) che consente di avvalersi delle “società pubbliche” o “di altri enti” - ai fini del loro subentro nella commessa - come prima opzione che una stazione appaltante deve vagliare; tale scelta può infatti vanificare il principio di libera concorrenza e lo stesso esito della gara originariamente celebrata, che avrebbero dovuto indurre il legislatore ad accordare preferenza al cd. interpello (pure citato alla lett. b) del medesimo comma 4 come alternativa); né sembra sufficientemente idoneo allo scopo, il mero correttivo di aver previsto che il ricorso alle società pubbliche avvenga “*nei casi consentiti dalla legge*”.

Comma 5

Estende espressamente l'applicabilità delle disposizioni di cui al precedente comma 4 anche alle ipotesi di “*ritardo dell'avvio o dell'esecuzione dei lavori, non giustificato dalle esigenze descritte al comma 1, nella sua compiuta realizzazione per un numero di giorni pari o superiore a un decimo del tempo previsto o stabilito per la realizzazione dell'opera e, comunque, pari ad almeno trenta giorni per ogni anno previsto o stabilito per la realizzazione dell'opera, da calcolarsi a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto*”.

Trattasi della previsione che, più delle altre, suscita le maggiori perplessità avendo tipizzato una risoluzione di diritto del contratto di appalto per le ipotesi di un mero ritardo (e non già di grave inadempimento contrattuale), peraltro, assolutamente ridotto nella sua misura (un decimo del tempo e comunque pari ad almeno 30 giorni per ogni anno); tale disposizione potrà abilitare le stazioni appaltanti a disporre l'estrema misura risolutiva anche laddove non sia conclamata l'imputabilità del ritardo all'appaltatore (neanche testualmente richiesta dalla norma), con conseguente proliferazione del contenzioso.

Altrettanto critica è la previsione del rimedio risolutivo nel caso di ritardato “avvio” dei lavori, avendo il legislatore tralasciato di considerare che tale ritardo può fisiologicamente essere recuperato dall'appaltatore in corso di esecuzione e che l'intero sistema oggi prefigurato rende inapplicabile anche il regime delle penali da ritardo nei confronti dell'appaltatore (il cui rischio da sempre ha costituito lo “stimolo” – data la sua rilevanza economica - alla tempestiva esecuzione della commessa da parte delle imprese).

Il proliferare dei provvedimenti risolutivi rischia, peraltro, di vanificare proprio l'esigenza di una celere prosecuzione/ultimazione dei lavori pur perseguita, visto che ogni *cambio appalto* reca con sé una inevitabile dilazione delle tempistiche di subentro, non solo per il contenzioso che ne origina, ma anche per la redazione dello stato di consistenza, per la stipula del contratto (alle “*condizioni proposte dall'operatore economico interpellato*” nel caso di cui alla lett. b) del comma 4) e per i fisiologici tempi di startup del nuovo appaltatore.

Comma 6

Al di fuori delle ipotesi tassative di sospensione di cui al precedente comma 1, le parti non possono in nessun caso invocare l'inadempimento della controparte ovvero di terzi ai fini della sospensione dell'esecuzione.

Con tale norma viene definitivamente meno la possibilità di sollevare le eccezioni per inadempimento *ex art. 1460 del Codice civile*, anche nel caso di cronico (e economicamente rilevante) ritardato pagamento del corrispettivo (come pure dell'anticipazione al 30%) da parte delle stazioni appaltanti.

Desta perplessità anche il divieto di sospendere l'esecuzione dei lavori per inadempimenti "*di altri soggetti?*", sia per la genericità del principio sia perché l'appaltatore potrebbe essere costretto - in ragione di tale disposizione - a proseguire i lavori persino in caso di omesso (o erroneo) aggiornamento del PSC da parte del coordinatore della sicurezza.

Infine, la disposizione interviene anche sulla fase giudiziale, nello specifico tutelando l'interesse alla celere conclusione dell'opera.

Al riguardo, si specifica che in sede di giudizio, tanto di merito quanto cautelare, l'interesse economico dell'appaltatore o la sua eventuale sottoposizione a procedura concorsuale o di crisi non può mai essere ritenuta prevalente rispetto all'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera.

ART. 6 COLLEGIO CONSULTIVO TECNICO

a cura di Filippo Casadei e Giorgia Cancrini

Il Decreto Semplificazioni, sulla scia solcata dal Decreto Sblocca-Cantieri, consolida l'istituto del Collegio Consultivo Tecnico quale strumento deflattivo del contenzioso, prevedendone, fino al 31 luglio 2021, l'obbligatoria costituzione per tutti i lavori di realizzazione delle opere pubbliche di importo pari o superiore alla soglia comunitaria di cui all'art. 35, D.lgs. 50/2016. Costituzione che resta, invece, facoltativa per gli appalti sotto soglia.

Finalità

Il Collegio Consultivo Tecnico svolge funzioni di supporto per la risoluzione delle criticità suscettibili di insorgere nella fase di esecuzione dell'appalto. L'istituto è concepito, anche, per la risoluzione di questioni afferenti alla fase antecedente l'esecuzione del contratto, tra le quali, la determinazione delle caratteristiche delle opere, le clausole e le condizioni del bando o dell'invito, nonché la verifica dei requisiti di partecipazione, dei criteri di selezione e di aggiudicazione.

Nell'ambito della fase di esecuzione del contratto l'istituto è deputato, sia a svolgere i compiti di cui all'art.5 del decreto, in materia di sospensione dell'esecuzione dell'opera pubblica, che a prestare

assistenza alle parti *“per la rapida risoluzione delle controversie o delle dispute tecniche di ogni natura suscettibili di insorgere nel corso dell'esecuzione del contratto stesso”*.

Con riferimento a quest'ultimo obiettivo si evidenzia come la norma lasci spazio ad una discrezionale interpretazione sull'estensione e la genericità delle questioni che possono essere sottoposte all'esame del Collegio.

Per controversie e dispute tecniche, infatti, potrebbero intendersi, tanto questioni tecniche/realizzative, che impediscono la concreta prosecuzione dell'appalto, meritevoli di immediata risoluzione (ad es. la risoluzione di un'interferenza o di una sopravvenienza), quanto dispute di carattere più squisitamente amministrativo (ad es. la determinazione di un nuovo prezzo) ovvero, ancora, contrapposte interpretazioni delle clausole contrattuali, se del caso rimaste irrisolte pur a valle di un confronto tra le parti, ovvero, di un tentativo di componimento bonario - per l'appunto - delle controversie insorte.

Costituzione e scioglimento

Fino al 31 luglio 2021, per gli appalti di opere pubbliche sopra soglia, il Collegio Consultivo Tecnico deve essere obbligatoriamente istituito prima dell'avvio dell'esecuzione, o comunque non oltre 10 giorni dall'avvio della stessa.

Per i contratti la cui esecuzione sia già stata avviata alla data di entrata in vigore del decreto (17 luglio 2020), il Collegio Consultivo Tecnico dovrà essere nominato entro il termine di 30 giorni decorrenti dalla medesima data e, quindi, entro il 16 agosto 2020.

Alla luce della natura cogente della norma, la mancata costituzione del Collegio Consultivo Tecnico può esporre il Responsabile del Procedimento a sanzioni disciplinari e responsabilità di tipo erariale.

Il Collegio Consultivo Tecnico si intende costituito al momento della designazione del terzo o del quinto componente.

All'atto della costituzione è fornita al Collegio Consultivo Tecnico copia dell'intera documentazione inerente al contratto.

Il Collegio Consultivo Tecnico è sciolto al termine dell'esecuzione del contratto.

Nelle ipotesi di contratti sopra soglia, lo scioglimento può intervenire in qualsiasi momento successivo al 31 luglio 2021, previo accordo tra le parti.

Per i contratti sotto soglia, invece, il Collegio Consultivo Tecnico può essere sciolto anche in data anteriore al 31 luglio 2021, sempre, previo accordo tra le parti.

Nomina e composizione negli appalti sopra soglia

Negli appalti sopra soglia, il Collegio Consultivo Tecnico è formato, a scelta della stazione appaltante, da 3 componenti, ovvero 5 in caso di motivata complessità dell'opera e di eterogeneità delle professionalità richieste. La diversa composizione del Collegio (3-5 membri) appare l'unica scelta rimessa esclusivamente in capo alla stazione appaltante.

Le parti possono nominare di comune accordo l'intero Collegio, ovvero, possono concordare che ciascuna di esse nomini, a seconda della diversa composizione del Collegio (3-5 membri), 1 o 2 componenti. In tal caso il terzo o il quinto componente, con funzioni di presidente, è scelto di comune accordo tra i componenti nominati dalle parti.

In caso di mancato accordo entro il termine di 10 giorni dall'avvio dell'esecuzione ovvero entro 30 giorni dall'entrata in vigore del decreto (16 agosto 2020) per gli appalti in corso, il presidente del Collegio è designato entro i successivi 5 giorni dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti per le opere di interesse nazionale. Le regioni, le province autonome di Trento e Bolzano e le città metropolitane sono deputate alla nomina del presidente del Collegio, entro lo stesso termine (5 giorni), per le opere di relativo interesse.

Nomina negli appalti sotto soglia

Per i contratti sotto soglia le parti possono comunque nominare un Collegio Consultivo Tecnico con tutti o parte dei compiti descritti nel precedente paragrafo "Finalità" (commi da 1 a 3 dell'art. 6 e art. 5 del Decreto).

Nomina nella fase antecedente all'esecuzione del contratto

Nella fase antecedente alla esecuzione del contratto le stazioni appaltanti, tramite il Responsabile del Procedimento, possono costituire un Collegio Consultivo Tecnico formato da 3 componenti per risolvere problematiche tecniche o giuridiche di ogni natura suscettibili di insorgere, tra le quali quelle riepilogate nel paragrafo "Finalità" che precede.

In tale fase i componenti del Collegio sono così designati: a) Per le opere di interesse nazionale, 2 componenti sono nominati dalla stazione appaltante e il terzo componente è nominato dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti; b) Per le opere di interesse locale, 2 componenti sono nominati dalla stazione appaltante e il terzo componente è designato dalla Regione, ovvero, dalle Province autonome di Trento e Bolzano, ovvero dalla città metropolitana interessata.

Il Collegio così costituito, per proseguire le sue attività nella successiva fase di esecuzione del contratto, deve essere parzialmente modificato prevedendo almeno (nella composizione a 3 membri) l'inserimento di un soggetto nominato dall'appaltatore affidatario in sostituzione di uno dei due componenti nominati dalla stazione appaltante.

Svolgimento dell'incarico e determinazioni

Il Collegio Consultivo Tecnico è chiamato ad assumere, almeno a maggioranza, le proprie determinazioni sulla base dei quesiti formulati dalle parti, entro 15 giorni dalla proposizione degli stessi.

Le determinazioni devono contenere una succinta motivazione che può essere eventualmente integrata nei successivi 15 giorni.

In caso di particolari esigenze istruttorie le determinazioni possono essere adottate entro 20 giorni dalla formulazione dei quesiti.

Nell'adozione delle proprie determinazioni, il Collegio Consultivo Tecnico può operare anche in videoconferenza o con qualsiasi altro collegamento da remoto e può procedere ad audizioni informali delle parti per favorire, nella risoluzione delle controversie o delle dispute tecniche eventualmente insorte, la scelta della migliore soluzione per la celere esecuzione dell'opera a regola d'arte.

Il Collegio può, altresì, convocare le parti per consentire l'esposizione in contraddittorio delle rispettive ragioni.

Di assoluto rilievo è la qualificazione giuridica attribuita alle determinazioni assunte dal Collegio, parificata a lodo contrattuale ex art. 808-ter c.p.c., salva diversa e motivata volontà espressamente manifestata in forma scritta dalle parti stesse.

Tale previsione si riflette sul regime delle impugnazioni. Mentre nell'ipotesi di lodo arbitrale "rituale", infatti, l'organo giurisdizionale deputato a conoscere l'eventuale invalidità dello stesso, è la Corte d'Appello nel cui distretto ha avuto luogo l'arbitrato, il lodo contrattuale o "irrituale" deve essere impugnato dinanzi al giudice di primo grado competente secondo le ordinarie regole di riparto.

L'inosservanza delle determinazioni del Collegio Consultivo Tecnico viene valutata ai fini della responsabilità del soggetto agente 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 soggetto agente per danno erariale, salvo il dolo.

Requisiti, incompatibilità e responsabilità dei componenti

I membri del Collegio sono individuati tra professionisti 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, anche in relazione allo specifico oggetto del contratto e alla specifica conoscenza di metodi e strumenti elettronici quali quelli di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture (BIM), maturata per effetto del conseguimento di un dottorato di ricerca ovvero di una dimostrata pratica professionale per almeno cinque anni nel settore di riferimento.

Ogni componente del Collegio Consultivo Tecnico non può ricoprire più di 5 incarichi contemporaneamente e comunque non può svolgere più di 10 incarichi ogni 2 anni.

Il ritardo ingiustificato nell'adozione anche di una sola determinazione è causa di decadenza del Collegio e, in tal caso, la stazione appaltante può assumere le determinazioni di propria competenza prescindendo dal parere del Collegio.

In caso di ritardo nell'adozione di 3 determinazioni o di ritardo superiore a 60 giorni nell'assunzione anche di una sola determinazione, i componenti del collegio non possono essere nuovamente nominati come componenti di altri collegi per la durata di 3 anni decorrenti dalla data di maturazione del ritardo.

Compensi

I membri del Collegio Consultivo Tecnico hanno diritto a un compenso a carico delle parti, proporzionato: al valore dell'opera, al numero, alla qualità e alla tempestività delle determinazioni assunte. In mancanza di determinazioni o pareri ai componenti del Collegio spetta un gettone unico onnicomprensivo.

Il compenso è liquidato dal Collegio Consultivo Tecnico unitamente all'atto contenente le determinazioni, salva l'emissione di parcelle di acconto, in applicazione delle tariffe richiamate dall'articolo 9 del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27, aumentate fino a un quarto.

Non è ammessa la nomina di consulenti tecnici d'ufficio.

I compensi dei membri del collegio sono computati all'interno del quadro economico dell'opera alla voce “*spese impreviste*”.

In caso di ritardo nell'assunzione delle determinazioni è prevista una decurtazione del compenso stabilito da un decimo a un terzo, per ogni ritardo.

ART. 8. ALTRE DISPOSIZIONI URGENTI IN MATERIA DI CONTRATTI PUBBLICI

a cura di Alessandro D'Alberti e Jacopo Pappalardo

Comma 1

Nell'ottica di dare impulso all'avvio dell'esecuzione delle attività appaltate, il Decreto Semplificazioni inserisce una serie di disposizioni transitorie di carattere derogatorio rispetto al D.Lgs. 50/2016, intervenendo sulle procedure ad oggi pendenti, per le quali, alla data di entrata in vigore del D.L. 16 luglio 2020, n. 76, siano già stati pubblicati bandi o avvisi ovvero siano già stati inviati gli inviti a presentare le offerte o i preventivi, ma non siano scaduti i relativi termini, e in ogni caso sulle procedure disciplinate dal medesimo decreto legislativo avviate a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto e **fino alla data del 31 luglio 2021.**

In particolare, tale disposizione inserisce le seguenti modifiche.

lett. a): è sempre ammessa la possibilità della Stazione Appaltante di ricorrere **all'esecuzione in via urgenza**, ancorchè in assenza dei requisiti di cui al comma 8, art. 32, D.Lgs 50/2016, a mente del quale “*L'esecuzione d'urgenza di cui al presente comma è ammessa esclusivamente nelle ipotesi di eventi oggettivamente imprevedibili, per ovviare a situazioni di pericolo per persone, animali o cose, ovvero per l'igiene e la salute pubblica, ovvero*”

per il patrimonio storico, artistico, culturale ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti comunitari”, al fine di consentire un rapido avvio delle prestazioni appaltate;

lett. b): viene **limitata la facoltà delle S.A.** di prevedere, a pena di esclusione dalla procedura, l'obbligo per l'operatore economico di procedere alla **visita dei luoghi**, nonché alla consultazione sul posto dei documenti di gara, esclusivamente ai soli casi in cui tale **adempimento sia strettamente indispensabile** in ragione della tipologia, del contenuto o della complessità dell'appalto da affidare, cosicché da evitare che un eventuale sopralluogo possa tradursi in un mero ostacolo alla concorrenza;

lett. c): prevede che l'amministrazione, anche in relazione alle procedure ordinarie, possa applicare **le riduzioni dei termini procedurali** previste dal codice per le procedure di urgenza, agli articoli 60, comma 3, 61, comma 6, 62 comma 5, 74, commi 2 e 3, D.lgs. 50/2016. A tal proposito, la disposizione prevede che l'urgenza della procedura sia insita nella situazione emergenziale attuale, sicché, nella motivazione del provvedimento di riduzione dei termini, l'Amministrazione non sarà tenuta a dar conto delle ragioni che legittimano l'urgenza;

lett. d): le amministrazioni possono **indire gare** per l'affidamento di lavori, servizi e forniture anche **in assenza di una specifica previsione nei documenti di programmazione**, a condizione che entro trenta giorni decorrenti dalla data di entrata in vigore del presente decreto si provveda ad un aggiornamento in conseguenza degli effetti dell'emergenza COVID-19.

Comma 2

Al fine di accelerare le tempistiche relative all'aggiudicazione delle gare d'appalto, il Decreto Semplificazioni prevede che, per le procedure per le quali sia scaduto il termine per la presentazione delle offerte entro il 22 febbraio 2020, le stazioni appaltanti sono tenute a adottare il provvedimento finale di **aggiudicazione entro la data del 31 dicembre 2020**, ferme restando le disposizioni previste dall'articolo 103 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, in tema di *“Sospensione dei termini nei procedimenti amministrativi ed effetti degli atti amministrativi in scadenza”*.

Comma 3

Nella medesima ottica, il comma in parola interviene sulla disciplina degli accordi quadro che siano già efficaci alla data di entrata in vigore del decreto, incentivando le amministrazioni ad attivarsi al fine di affidare gli appalti compresi nel medesimo accordo quadro, nei limiti delle risorse disponibili, al fine di agevolare la ripresa del settore degli appalti pubblici mediante l'affidamento nuove prestazioni.

A tal proposito, infatti, la disposizione prevede che le stazioni appaltanti debbano provvedere **all'aggiudicazione degli appalti basati su tali accordi quadro** ovvero all'esecuzione degli accordi quadro nei modi previsti dai commi da 2 a 6 del medesimo articolo 54 **entro la data del 31 dicembre 2020**.

Comma 4

Il comma in parola prende in esame i contratti già in corso di esecuzione alla data di pubblicazione del decreto, introducendo una serie di deroghe alle previsioni di legge, oltre che di contratto, nell'intento di contrastare il dilagare della crisi economica conseguente alla diffusione del virus Covid-19, garantendo una maggiore liquidità finanziaria per le imprese.

A tal proposito, il comma 4, alla **lettera a)**, interviene sulla disciplina dei termini di pagamento e di emissione del SAL, prevedendo che il direttore dei lavori adottati, anche in deroga alle specifiche clausole contrattuali, lo **stato di avanzamento dei lavori entro quindici giorni dalla data di entrata in vigore del decreto**. Il certificato di pagamento viene emesso contestualmente e comunque entro cinque giorni dall'adozione dello stato di avanzamento. Il pagamento viene effettuato entro quindici giorni dall'emissione del certificato di pagamento medesimo.

Trattasi di misure che, in deroga alle previsioni contrattuali, superano la disciplina contenuta nell'articolo 113-*bis* del Codice e consentono di effettuare immediatamente il pagamento delle lavorazioni già realizzate al momento dell'entrata in vigore del decreto. A ben vedere, infatti, siffatta misura risultava oltremodo necessaria, anche in ragione dei numerosi cantieri che sono stati sospesi per effetto dell'emergenza sanitaria, cagionando grave pregiudizio per le Imprese chiamate ad eseguire le prestazioni appaltante.

D'altronde, è evidente che la situazione emergenziale abbia inciso notevolmente sull'esecuzione di lavori, servizi e forniture, rendendo maggiormente gravose, sia sotto il profilo economico, sia sotto il profilo temporale, le commesse aggiudicate per l'Appaltatore, il quale si è trovato costretto a sostenere dei costi fissi pur a fronte di una netta diminuzione della propria produzione.

La decretazione d'urgenza emanata nel corso dell'emergenza sanitaria, infatti, ha imposto notevoli restrizioni allo svolgimento delle attività appaltate, in ragione dell'obbligo degli appaltatori di attenersi alle misure di contenimento di cui agli articoli 1 e 2 del decreto – legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni dalla legge 5 marzo 2020, n. 13 e dall'articolo 1 del decreto–legge 25 marzo 2020, n. 19, meglio specificate nel Protocollo di regolamentazione per il contenimento della diffusione del COVID – 19 nei cantieri edili condiviso tra Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, Anas S.p.A., RFI S.p.a., ANCE, Feneal Uil, Filca – CISL e Fillea CGIL.

A tal proposito, nell'ottica di sostenere le imprese, assicurandosi al contempo che queste mettano in esecuzione le misure di cui sopra, la **lettera b)** del comma 4 ha previsto il **rimborso dei conseguenti maggiori oneri sopportati dagli appaltatori** a valere sulle somme a disposizione della stazione appaltante indicate nei quadri economici dell'intervento e, ove necessario, utilizzando anche le economie derivanti dai ribassi d'asta. Il rimborso, viene precisato, 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.

Da ultimo, alla **lett. c)**, il comma 4 prevede che, ove il **rispetto delle misure di contenimento** in parola **impedisca**, anche solo parzialmente, il **regolare svolgimento** dei lavori ovvero la regolare esecuzione dei servizi o delle forniture costituisce **causa di forza maggiore**, ai sensi dell'articolo 107, comma 4, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, con tutte le conseguenze di legge a ciò connesse.

Peraltro, in linea con quanto già disposto dall'articolo 91¹, Decreto-Legge 17 marzo 2020, n. 18 (*“Disposizioni in materia ritardi o inadempimenti contrattuali derivanti dall'attuazione delle misure di contenimento e di anticipazione del prezzo in materia di contratti pubblici”*), la disposizione in esame precisa, altresì, che, qualora il rispetto delle misure di contenimento in parola impedisca di ultimare i lavori, i servizi o le forniture nel termine contrattualmente previsto, costituisce **circostanza non imputabile all'esecutore** ai sensi del comma 5 del citato articolo 107 **ai fini della concessione di una proroga** del termine di ultimazione, ove richiesta e che, in considerazione della qualificazione della pandemia COIVD- 19 come *“fatto notorio”* e della cogenza delle misure di contenimento disposte dalle competenti Autorità, non si applichino, anche in funzione di semplificazione procedimentale, gli obblighi di comunicazione all'Autorità nazionale anticorruzione e le sanzioni previste dal terzo e dal quarto periodo del comma 4 dell'articolo 107 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

Comma 5

Il comma in parola interviene direttamente sul dettato normativo del testo del D.Lgs. 50/2016, introducendo modifiche di carattere ordinamentale in relazione ad alcuni articoli del codice dei contratti pubblici volte a semplificare e snellire le procedure di gara, al fine di agevolare gli operatori economici intenzionati a parteciparvi.

Con la **lettera a)** sono apportate delle **modifiche all'articolo 38² in tema di qualificazione delle stazioni appaltanti**.

¹ **Comma 1, Art. 91, D.L. 17 marzo 2020, n. 18:** “All'articolo 3 del decreto - legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, dopo il comma 6, è inserito il seguente: "6-bis. **Il rispetto delle misure di contenimento di cui presente decreto è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti.**”.

² Testo dell'**Art. 38, D.Lgs. 50/2016**, come modificato dal Decreto Semplificazioni: “Fermo restando quanto stabilito dall'articolo 37 in materia di aggregazione e centralizzazione degli appalti, è istituito presso l'ANAC, che ne assicura la pubblicità, un apposito elenco delle stazioni appaltanti qualificate di cui fanno parte anche le centrali di committenza. La qualificazione è conseguita in rapporto ~~agli ambiti di attività~~, ai bacini territoriali, alla tipologia e complessità del contratto e per fasce d'importo. Sono iscritti di diritto nell'elenco di cui al primo periodo, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, compresi i Provveditorati interregionali per le opere pubbliche, CONSIP S.p.a., INVITALIA - Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa S.p.a., nonché i soggetti aggregatori regionali di cui articolo 9 del decreto legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 giugno 2014, n. 89.

1-bis. Al fine di ottimizzare le procedure di affidamento degli appalti pubblici per la realizzazione delle scelte di politica pubblica sportiva e della relativa spesa pubblica, a decorrere dal 1° gennaio 2020 la società Sport e salute Spa è qualificata di diritto centrale di committenza e può svolgere attività di centralizzazione delle committenze per conto delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatari operanti nel settore dello sport e tenuti al rispetto delle disposizioni di cui al presente codice.

2. Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, da adottarsi, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro per la semplificazione della pubblica amministrazione, entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente codice, ~~sentite l'ANAC e la Conferenza Unificata~~, **di intesa con la Conferenza unificata e sentita l'ANAC**, sono definiti i requisiti tecnico organizzativi per l'iscrizione all'elenco di cui al comma 1, in applicazione dei criteri di qualità, efficienza e professionalizzazione, tra cui, per le centrali di committenza, il carattere di stabilità delle attività e il relativo ambito territoriale. Il decreto definisce, inoltre, le modalità attuative del sistema delle attestazioni di qualificazione e di eventuale aggiornamento e revoca, nonché la data a decorrere dalla quale entra in vigore il nuovo sistema di qualificazione.

3. **Fatto salvo quanto previsto dal comma 3-bis** la qualificazione ha ad oggetto il complesso delle attività che caratterizzano il processo di acquisizione di un bene, servizio o lavoro in relazione ai seguenti ambiti:

- a) capacità di ~~programmazione e~~ progettazione;
- b) capacità di affidamento;
- c) capacità di verifica sull'esecuzione e controllo dell'intera procedura, ivi incluso il collaudo e la messa in opera.

3-bis. Le centrali di committenza e i soggetti aggregatori sono qualificati almeno negli ambiti di cui al comma 3, lettere a) e b). Nelle aggiudicazioni relative all'acquisizione di beni, servizi o lavori effettuati dalle centrali di committenza, ovvero dai soggetti aggregatori, le attività correlate all'ambito di cui al comma 3, lettera c) possono essere effettuate direttamente dai soggetti per i quali sono svolte le suddette aggiudicazioni purché qualificati almeno in detto ambito secondo i criteri individuati dal decreto del Presidente del Consiglio dei ministri di cui al comma 2.

4. I requisiti di cui al comma 3 sono individuati sulla base dei seguenti parametri:

a) requisiti di base, quali:

- 1) strutture organizzative stabili deputate agli ambiti di cui al comma 3;
- 2) presenza nella struttura organizzativa di dipendenti aventi specifiche competenze in rapporto alle attività di cui al comma 3;
- 3) sistema di formazione ed aggiornamento del personale;
- 4) numero di gare svolte nel quinquennio con indicazione di tipologia, importo e complessità, numero di varianti approvate, verifica sullo scostamento tra gli importi posti a base di gara e consuntivo delle spese sostenute, rispetto dei tempi di esecuzione delle procedure di affidamento, di aggiudicazione e di collaudo;
- 5) rispetto dei tempi previsti per i pagamenti di imprese e fornitori come stabilito dalla vigente normativa ovvero il rispetto dei tempi previsti per i pagamenti di imprese e fornitori, secondo gli indici di tempestività indicati dal decreto adottato in attuazione dell'articolo 33 del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33;

5-bis) assolvimento degli obblighi di comunicazione dei dati sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture che alimentano gli archivi detenuti o gestiti dall'Autorità, come individuati dalla stessa Autorità ai sensi dell'articolo 213, comma 9;

5-ter) per i lavori, adempimento a quanto previsto dagli articoli 1 e 2 del decreto legislativo 29 dicembre 2011, n. 229, in materia di procedure di monitoraggio sullo stato di attuazione delle opere pubbliche, di verifica dell'utilizzo dei finanziamenti nei tempi previsti e costituzione del Fondo opere e del Fondo progetti, e dall'articolo 29, comma 3;

5-quater) disponibilità di piattaforme telematiche nella gestione di procedure di gara;

b) requisiti premianti, quali:

In particolare, la norma è stata introdotta allo scopo di superare le criticità derivanti dall'incertezza interpretativa relativa alla lettura del combinato disposto delle disposizioni di cui al comma 1 e comma 3 del citato articolo 38, che non chiariva se la qualificazione fosse unica per i tre ambiti di attività individuati nel comma 3 oppure per singoli ambiti di attività.

La modifica apportata al comma 1 del citato articolo 38, sopprimendo le parole “*agli ambiti di attività*”, chiarisce che **la qualificazione debba essere unica per tutti gli ambiti**.

Inoltre, tale comma ha **eliminato la parola “programmazione”** dagli ambiti oggetto di qualificazione, giacchè si tratta di attività attinente alla sfera politico/amministrativa di competenza dell'ente territoriale. Infine, ove le stazioni appaltanti affidino la gestione della progettazione e dell'affidamento del contratto a centrali di committenza, ovvero a soggetti aggregati, in capo ai quali deve sussistere la qualificazione almeno per gli ambiti indicati al comma 3, lettere a) e b), dell'articolo 38 del codice dei contratti pubblici, è stato previsto che **le stazioni appaltanti possano qualificarsi per il solo ambito inerente l'esecuzione e controllo dell'intera procedura**, ivi incluso il collaudo e la messa in opera.

Alla luce della recente giurisprudenza costituzionale intervenuta sul punto e tenuto conto dell'impatto diretto che tali norme producono nell'ambito dell'ordinamento regionale e locale, la norma prevede l'intesa della Conferenza unificata sul provvedimento che dovrà disciplinare il sistema della qualificazione delle stazioni appaltanti.

Infine, tra i requisiti necessari per la qualificazione è stato inserito un elemento che in precedenza assumeva rilevanza ai soli fini della premialità, ovvero sia la dimostrazione da parte della stazione appaltante della disponibilità di piattaforme telematiche nella gestione di procedure di gara, nell'ottica di incentivare le amministrazioni a dotarsi degli strumenti informatici e telematici idonei alla gestione delle relative piattaforme.

La lettera b) modifica l'articolo 80³ e sostituisce, al punto 2, il quinto periodo del comma 4, **prevedendo la facoltà della stazione appaltante di poter escludere** un operatore economico dalla partecipazione

1) valutazione positiva dell'ANAC in ordine all'attuazione di misure di prevenzione dei rischi di corruzione e promozione della legalità;

2) presenza di sistemi di gestione della qualità conformi alla norma UNI EN ISO 9001 degli uffici e dei procedimenti di gara, certificati da organismi accreditati per lo specifico scopo ai sensi del regolamento CE 765/2008 del Parlamento Europeo e del Consiglio;

3) disponibilità di tecnologie telematiche nella gestione di procedure di gara;

4) livello di soccombenza nel contenzioso;

5) applicazione di criteri di sostenibilità ambientale e sociale nell'attività di progettazione e affidamento. (..).”

³ **Art. 80, comma 4, D.Lgs. 50/2016**, come modificato dal D.L. 76/2020: “Un operatore economico è escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti. Costituiscono gravi violazioni quelle che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all'importo di cui all'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis, del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602. Costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione. Costituiscono gravi violazioni in

a una procedura d'appalto qualora la medesima **stazione appaltante sia a conoscenza e possa adeguatamente dimostrare che lo stesso non abbia ottemperato agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali**, non definitivamente accertati, qualora tale mancato pagamento costituisca una grave violazione ai sensi rispettivamente del secondo o del quarto periodo.

La *ratio* della norma in esame risiede nell'esigenza avvertita dal Legislatore di superare e risolvere una delle contestazioni sollevate dalla Commissione europea nella procedura di infrazione n. 2018/2273 - “*Non conformità direttive europee contratti pubblici?*”, nella quale viene rilevata la non conformità del diritto nazionale e, segnatamente del comma 4, art. 80 D.Lgs. 50/2016.

In particolare, nella Lettera di Costituzione in Mora della procedura suddetta si legge che “*Non è conforme alle suddette disposizioni della direttiva 2014/23/UE e della direttiva 2014/24/UE in quanto non consente di escludere un operatore economico che ha violato gli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali qualora tale violazione – pur non essendo stata stabilita da una decisione giudiziaria o amministrativa avente effetto definitivo – possa essere comunque adeguatamente dimostrata dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore. Pertanto la Commissione conclude che l'articolo 80, comma 4, del decreto legislativo 50/2016 viola l'articolo 38, paragrafo 5, secondo comma, della direttiva 2014/23/UE e l'articolo 57, paragrafo 2, secondo comma, della direttiva 2014/24/UE*”.

In ossequio al principio di proporzionalità, pertanto, si ritenuto opportuno consentire di **escludere il concorrente** solamente ove il **mancato pagamento costituisca una grave violazione**; ciò anche in conformità alla disciplina delle esclusioni, contenuta nei periodi precedenti dell'articolo 80, quando tale mancato pagamento è definitivamente accertato.

La **lettera c)** interviene **sull'articolo 83, D.Lgs. 50/2016**, introducendo il **comma 5-bis⁴**, ai sensi del quale l'adeguatezza della copertura assicurativa offerta, di cui al comma 4, lett. c) del medesimo articolo,

materia contributiva e previdenziale quelle ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), di cui all'articolo 8 del decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 30 gennaio 2015, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 125 del 1° giugno 2015, ovvero delle certificazioni rilasciate dagli enti previdenziali di riferimento non aderenti al sistema dello sportello unico previdenziale. ~~**Il presente comma non si applica quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe, purché il pagamento o l'impegno siano stati formalizzati prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande.**~~ Un operatore economico può essere escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se la stazione appaltante è a conoscenza e può adeguatamente dimostrare che lo stesso non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali non definitivamente accertati qualora tale mancato pagamento costituisca una grave violazione ai sensi rispettivamente del secondo o del quarto periodo. Il presente comma non si applica quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe, ovvero quando il debito tributario o previdenziale sia comunque integralmente estinto, purché l'estinzione, il pagamento o l'impegno si siano perfezionati anteriormente alla scadenza del termine per la presentazione delle domande.

⁴ **Art. 83, comma 5-bis:** “In relazione al requisito di cui al comma 4, lettera c), l'adeguatezza della copertura assicurativa offerta viene valutata sulla base della polizza assicurativa contro i rischi professionali posseduta

deve essere valutata sulla base della polizza assicurativa contro i rischi professionali posseduta dall'operatore economico e in corso di validità.

Al riguardo, si rappresenta che tale modifica si è resa necessaria in ragione della genericità della previsione di cui alla lettera c) del comma 4 dell'articolo 83, che, nella prassi, portava le stazioni appaltanti a richiedere nel bando di gara la produzione di polizze assicurative di importo commisurato al valore dell'appalto, costringendo, di fatto, molti operatori economici, ancora ignari degli esiti della gara, a stipulare nuove polizze assicurative contro i rischi professionali ai soli fini della partecipazione alla gara, in quanto quelle possedute non risultavano adeguate alle prescrizioni della legge di gara.

L'integrazione dell'articolo 83, peraltro, recepisce l'orientamento giurisprudenziale, in base al quale il limite alla discrezionalità deve essere individuato nel principio di ragionevolezza, in forza del quale la stazione appaltante dovrà *“astenersi dal richiedere mezzi di prova ridondanti”*, in quanto *tra più interpretazioni possibili in base alla lettera della norma deve essere preferita quella che impone il costo minore per gli operatori economici, evitando la creazione di ostacoli impropri alla partecipazione, si ritiene che il livello adeguato di copertura assicurativa possa essere raggiunto anche per gradi, e con una pluralità di strumenti negoziali. (..)Al contrario, se vi è la certezza che la copertura assicurativa richiesta dal bando o dal disciplinare di gara sarà presente al momento dell'aggiudicazione, e che l'attivazione della suddetta copertura dipende solo dalla volontà dell'aggiudicatario, e non dall'assenso di terzi, l'interesse pubblico può dirsi tutelato, e di conseguenza risulta indifferente lo strumento negoziale che ha reso possibile il risultato”* (T.A.R. Brescia, sez. I, 27 febbraio 2017, n. 282).

Sulla scorta dei principi sopra esposti, peraltro, il secondo periodo del comma 5-*bis* introdotto dal D.L. 76/2020 fa salvo, ai fini della partecipazione alla gara, anche l'operatore economico in possesso di un polizza assicurativa di valore inferiore all'importo dell'appalto, precisando che in siffatta ipotesi *“le stazioni appaltanti possono richiedere che l'offerta sia corredata, a pena di esclusione, dall'impegno da parte dell'impresa assicuratrice ad adeguare il valore della polizza assicurativa a quello dell'appalto, in caso di aggiudicazione”*.

La **lettera d)** modifica l'articolo 183, comma 15⁵, incentivando la presentazione di proposte progettuali da parte di operatori economici alle amministrazioni per la realizzazione in concessione ovvero mediante contratti di partenariato pubblico privato, di lavori pubblici o di pubblica utilità.

dall'operatore economico e in corso di validità. In relazione alle polizze assicurative di importo inferiore al valore dell'appalto, le stazioni appaltanti possono richiedere che l'offerta sia corredata, a pena di esclusione, dall'impegno da parte dell'impresa assicuratrice ad adeguare il valore della polizza assicurativa a quello dell'appalto, in caso di aggiudicazione”.

⁵ **Art. 183, comma 15 D.Lgs. 50/2016**, come modificato dal D.L. 76/2020: “Gli operatori economici possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici proposte relative alla realizzazione in concessione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità, incluse le strutture dedicate alla nautica da diporto, **non presenti anche non presenti** negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente. La proposta contiene un progetto di fattibilità, una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato da uno dei soggetti di cui al comma 9, primo periodo, e la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione. Nel caso di strutture destinate alla nautica da diporto, il progetto di fattibilità deve definire le caratteristiche qualitative e funzionali dei lavori e del quadro delle esigenze da soddisfare e delle specifiche

A tal scopo, la modifica introdotta estende l'ambito di applicazione oggettivo dell'articolo 183 del Codice dei contratti pubblici, potenziando lo strumento del promotore nell'ambito della finanza di progetto.

La disposizione in parola, come modificata dal Decreto Semplificazioni, infatti, supera il limite imposto dalla previgente disciplina, che non consentiva agli operatori economici di presentare proposte relative alla realizzazione di lavori pubblici non presenti negli strumenti di programmazione, introducendo la possibilità di presentare le suddette proposte ancorchè già inserite negli strumenti di programmazione, nell'ottica di incentivare il ricorso a tale strumento, a maggior ragione in un periodo di scarsa liquidità per le finanze pubbliche.

Inoltre, tenuto conto che i progetti inseriti dalle amministrazioni negli strumenti di programmazione non sono sempre pienamente idonei alle circostanze, ovvero potrebbero non essere messi a gara per inerzia delle stesse amministrazioni, la disposizione concede al promotore la facoltà di proporre progetti anche differenti, migliorati e affinati rispetto a quelli già inseriti negli strumenti di programmazione, al fine di assicurare la migliore fattibilità dei progetti ovvero rimediare alla potenziale inerzia dell'amministrazione e, dunque, garantire il prioritario conseguimento dell'interesse pubblico sotteso ad ogni appalto.

Comma 6

prestazioni da fornire, deve contenere uno studio con la descrizione del progetto e i dati necessari per individuare e valutare i principali effetti che il progetto può avere sull'ambiente e deve essere integrato con le specifiche richieste dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti con propri decreti. Il piano economico-finanziario comprende l'importo delle spese sostenute per la predisposizione della proposta, comprensivo anche dei diritti sulle opere dell'ingegno di cui all'articolo 2578 del codice civile. La proposta è corredata dalle autodichiarazioni relative al possesso dei requisiti di cui al comma 17, dalla cauzione di cui all'articolo 93, e dall'impegno a prestare una cauzione nella misura dell'importo di cui al comma 9, terzo periodo, nel caso di indizione di gara. L'amministrazione aggiudicatrice valuta, entro il termine perentorio di tre mesi, la fattibilità della proposta. A tal fine l'amministrazione aggiudicatrice può invitare il proponente ad apportare al progetto di fattibilità le modifiche necessarie per la sua approvazione. Se il proponente non apporta le modifiche richieste, la proposta non può essere valutata positivamente. Il progetto di fattibilità eventualmente modificato, **è inserito qualora non sia già presente** negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente, **è inserito in tali strumenti di programmazione** ed è posto in approvazione con le modalità previste per l'approvazione di progetti; il proponente è tenuto ad apportare le eventuali ulteriori modifiche chieste in sede di approvazione del progetto; in difetto, il progetto si intende non approvato. Il progetto di fattibilità approvato è posto a base di gara, alla quale è invitato il proponente. Nel bando l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere ai concorrenti, compreso il proponente, la presentazione di eventuali varianti al progetto. Nel bando è specificato che il promotore può esercitare il diritto di prelazione. I concorrenti, compreso il promotore, devono essere in possesso dei requisiti di cui al comma 8, e presentare un'offerta contenente una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato da uno dei soggetti di cui al comma 9, primo periodo, la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione, nonché le eventuali varianti al progetto di fattibilità; si applicano i commi 4, 5, 6, 7 e 13. Se il promotore non risulta aggiudicatario, può esercitare, entro quindici giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, il diritto di prelazione e divenire aggiudicatario se dichiara di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario. Se il promotore non risulta aggiudicatario e non esercita la prelazione ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese per la predisposizione della proposta nei limiti indicati nel comma 9. Se il promotore esercita la prelazione, l'originario aggiudicatario ha diritto al pagamento, a carico del promotore, dell'importo delle spese per la predisposizione dell'offerta nei limiti di cui al comma 9".

Il comma in esame detta **disposizioni di carattere transitorio e temporale** relativamente alle **modifiche introdotte dal comma 5**, prevedendo che queste ultime si applichino alle procedure i cui bandi o avvisi sono pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del Decreto Semplificazioni, nonché, ove ricorra un appalto senza necessità di gara, alle procedure in cui, alla medesima data, non sono ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte o i preventivi.

Comma 7

Considerato l'impatto positivo di alcune disposizioni derogatorie introdotte al D.Lgs. 50/2016 dal c.d. Decreto Sblocca Cantieri, il comma 7 interviene **sull'articolo 1 del decreto legge n. 32 del 2019**, prorogando alcune modifiche introdotte in via transitoria da quest'ultimo e modificando le soglie economiche relative al rilascio del parere obbligatorio del Consiglio superiore dei lavori pubblici che si prevede debba essere richiesto sul progetto di fattibilità tecnica ed economica.

Segnatamente, la disposizione prevede:

- a) la proroga sino al 31 dicembre 2021 del termine relativo alla **sospensione dell'obbligo per i comuni non capoluogo di provincia** di procedere agli **affidamenti ricorrendo a centrali uniche di committenza, soggetti aggregatori qualificati o stazioni uniche appaltanti** (articolo 37, comma 4, del Codice), del **divieto di appalto integrato** (articolo 59, commi 1 e 1-bis, del Codice) e dell'obbligo di scegliere i **componenti delle commissioni giudicatrici tra gli esperti iscritti all'Albo** istituito presso l'A.N.A.C.(articolo 77, comma 3, del Codice);
- b) proroga al 30 novembre 2021 del termine per la relazione al Parlamento sull'esito della sperimentazione (comma 2);
- c) proroga sino al 31 dicembre 2021 del termine di cui al comma 3 **riguardante l'inversione procedimentale concernente l'esame dell'offerta economica** prima della verifica dei requisiti di cui all'articolo 80, D.Lgs. 50/2016;
- d) la deroga sino al 31 dicembre 2021 delle previsioni di cui all'articolo 215, D.Lgs. 50/2016, prevedendo che il **Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici** debba esprimere il **parere** obbligatorio solamente sui progetti di fattibilità tecnica ed economica - anziché dei progetti definitivi - di competenza statale nonché elevando da 75 milioni a 100 milioni del valore delle opere da sottoporre a tale parere.

Da ultimo, la norma precisa che per progetti di importo da 50 a 100 milioni il parere è reso dai comitati tecnici amministrativi, mentre per i lavori pubblici di importo sino a 50 milioni di euro si prescinde dall'acquisizione del parere (comma 7).

Comma 8

La disposizione in parola è ispirata dalla eccezionale urgenza di espletare le operazioni propedeutiche ad assicurare l'avvio del prossimo anno scolastico in sicurezza. A tale scopo la norma accorda, sino al termine dello stato di emergenza, al **Commissario straordinario** per l'attuazione e il coordinamento delle misure

di contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica COVID-19, ex art. 122 D.L. n. 18/2020, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 27/2020, **la facoltà di disporre dei peculiari poteri** allo stesso devoluti anche nel procedere all'approvvigionamento dei DPI e delle dotazioni strumentali occorrenti ai fini dello svolgimento dell'anno scolastico nelle istituzioni scolastiche statali, compresi gli arredi scolastici, **idoneo a garantire l'avvio dell'anno scolastico 2020-2021 ordinato e in condizioni di sicurezza.**

Il Commissario è chiamato a dare attuazione a quanto disposto nell'osservanza delle modalità previste dalla suddetta norma, e nei limiti delle risorse allo stesso assegnate giusta Delibera del Consiglio dei Ministri sul Fondo emergenze nazionali istituito dall'art. 44 del D.Lgs. n. 1/2018, con potere di procedere in **deroga** all'avvio delle procedure di affidamento propedeutiche e funzionali ad assicurare l'avvio del prossimo anno scolastico in sicurezza anche **prima del trasferimento alla contabilità speciale** delle suddette risorse, purché quest'ultimo intervenga prima dell'aggiudicazione dei contratti di fornitura.

Comma 9

La previsione in parola nell'intento di mettere il Commissario straordinario di cui al precedente comma 8 nelle condizioni di avviare con la massima speditezza le procedure di affidamento dei contratti pubblici necessari **per dare attuazione ai piani di riorganizzazione della rete ospedaliera e di quella territoriale** per il contrasto dell'emergenza COVID-19 ne consente l'indizione anche in assenza e **anticipando il trasferimento degli importi** autorizzati necessari sulla contabilità speciale intestata da detto Commissario.

Comma 10

Il comma 10, relativamente alla validità dei documenti unici di regolarità contributiva di cui al DM del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 30 gennaio 2015 **esclude** per i procedimenti in ogni caso regolati dal Decreto Semplificazioni, l'applicazione **della proroga oltre la data del 31 luglio 2020 della validità dei citati documenti** in scadenza tra il 31 gennaio 2020 ed il 31 luglio 2020 accordata dall'articolo 103, comma 2, del D.L. n. 18/2020.

Comma 11.

Il comma 11⁶ codifica una attesa disposizione di **semplificazione** e chiarimento incidente sulla complessa **disciplina degli appalti nel settore della Difesa** dettata dal D.Lgs. n. 208/2011, nell'ottica di coordinamento della disciplina speciale in parola con il codice dei contratti pubblici in vigore.

⁶ **Il comma 1, dell'art. 4, D.Lgs. 15 novembre 2011, n. 208** è sostituito dal seguente: "Con regolamento, da emanarsi con decreto del Presidente della Repubblica, ai sensi dell'articolo 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400, entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, su proposta del Ministro della difesa, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, acquisiti i pareri del Consiglio superiore dei lavori pubblici e del Consiglio di Stato, che si pronuncia entro quarantacinque giorni dalla richiesta, è definita la disciplina esecutiva, attuativa e integrativa delle disposizioni concernenti le materie di cui all'articolo 2, comma 1, lettere a), c) ed e), anche in relazione alle disposizioni del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, applicabili al presente decreto".

La necessità di introdurre il comma in esame deriva dalla soluzione di *drafting* legislativo adottata dal legislatore italiano ai fini del recepimento della direttiva 2009/81/CE relativa ai settori della difesa e della sicurezza, fondata sulla tecnica di normazione per differenza rispetto alla disciplina degli appalti “civili” contenuta nel codice vigente *illo tempore* (i.e.: il D.Lgs. 163/2006).

Donde l’esigenza e l’opportunità di rivalutare, per gli affidamenti regolati dal D.Lgs. n. 208/2011, l’attualità e la coerenza della disciplina esecutiva del medesimo Decreto, adottata con il DPR n. 49/2013 e in parte, con il DPR n.236/2012, che si occupa di dare attuazione (limitatamente al settore speciale Difesa) al codice De Lise – invero carente e ormai anacronistica sotto il profilo della flessibilità e fluidità procedurale - per assicurare il rispetto di congrui standard di adeguatezza e **sistematicità delle disposizioni contenute nel nuovo Codice dei Contratti** di cui al D.Lgs. n. 50/2016 **rispetto alle specificità e alle complessità del *procurement* militare.**

Perseguendo tale *ratio*, la disposizione in commento statuisce che la **disciplina esecutiva, attuativa e integrativa del D.Lgs. n.208/2011**, per il tramite del rinvio flessibile previsto dall’art. 3, comma 2 dello stesso Decreto, **faccia riferimento anche alle norme del D.Lgs. 50/2016 applicabili agli affidamenti del settore della Difesa**, demandando alla fonte normativa di rango secondario l’opportunità di semplificare e porre rimedio alla disorganicità e confusione dell’attuale quadro regolamentare di cui ai DPR n. 49/2013 e DPR n. 236/2012.

ART. 21. RESPONSABILITÀ ERARIALE

a cura di Massimo Nunziata

Comma 1

La prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso.

Comma 2

Per i fatti commessi tra il 17.7.2020 e il 31.7.2021, responsabilità erariale solo per dolo (salvi i casi di omissione o inerzia).

ART. 22. CONTROLLO CONCOMITANTE DELLA CORTE DEI CONTI PER ACCELERARE GLI INTERVENTI DI SOSTEGNO E DI RILANCIO DELL'ECONOMIA NAZIONALE

a cura di Massimo Nunziata

Comma 1

Controllo della Corte dei conti sui 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 è immediatamente trasmesso all'amministrazione ai fini della responsabilità dirigenziale.

Comma 2

Il Consiglio di presidenza della Corte dei conti individua gli uffici competenti e adotta le misure organizzative necessarie per l'attuazione delle disposizioni di controllo.

ART. 23 – ABUSO D'UFFICIO

a cura di Vittorio Capuzza

All'articolo 323, primo comma, del codice penale, le parole “di norme di legge o di regolamento,” sono sostituite dalle seguenti: “di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità”.

La modifica non ha durata limitata al 31 luglio 2021.

Scopo: evitare la c.d. "sindrome della firma" dei dipendenti pubblici.

Non compare più il regolamento tra le fonti idonee a generare l'abuso d'ufficio e **restano le sole leggi** e gli atti equiparati alla legge, i quali **disciplinano in modo espreso e diretto la condotta** del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio *senza margini alla discrezionalità*. Invece, con riferimento alla previgente disciplina dell'art. 323 c.p., la Corte di Cassazione, sez. VI Penale, sentenza 31 marzo – 19 giugno 2015, n. 25944, aveva affermato che: il reato di abuso di ufficio è caratterizzato da una “doppia ingiustizia”: la condotta è contraria a norme di legge o di regolamento; l'attribuzione ad un privato di un vantaggio indebito. Esso poteva configurarsi anche in relazione all'attività discrezionale della pubblica amministrazione non solo qualora la condotta si fosse posta in contrasto con il significato letterale o logico- sistematico di una norma, ma anche allorché l'agire del pubblico ufficiale contraddicesse lo specifico fine perseguito dalla norma stessa, concretandosi nello sviamento di potere, indice dello svolgimento della funzione o del servizio che oltrepassi l'ambito delle scelte discrezionali attribuito al soggetto pubblico. Il reato includeva anche le altre patologie dell'atto amministrativo, tra le quali l'eccesso di potere, configurabile quando vi sia oggettiva distorsione dell'atto dalla finalità tipica, in una interpretazione orientata costituzionalmente e rispettosa del rilievo assunto dall'art. 97 Cost., nel suo nucleo precettivo, diretto ad evitare favoritismi o discriminazioni. **Tutto questo, dopo la modifica operata dall'art. 23 del D.L. n. 76/2020 non è più configurabile.**