

NUOVE PRECISAZIONI ANAC (PROROGHE RINNOVI PROCEDURE NEGOZiate E PERIODO TRANSITORIO)

Primi chiarimenti forniti dall'ANAC nella **comunicazione 11 maggio 2016** rubricata "Indicazioni operative alle stazioni appaltanti e agli operatori economici a seguito dell'entrata in vigore del Codice dei Contratti Pubblici, d.lgs. n. 50 del 18.4.2016" - soprattutto negli snodi su passaggi specifici o da pregressi contratti caratterizzati da opzioni di prosecuzione ed in relazione alla delicata questione del regime transitorio rimesso ad una norma articolatissima (art. 216).

2. Gli affidamenti soggetti alle norme del pregresso codice - le opzioni contrattuali

In primo luogo, **si ribadisce che le norme del decreto legislativo 163/2006 continuano ad applicarsi in relazione a tutti gli avvisi pubblicati fino al 19 aprile secondo le forme di pubblicità obbligatoria** e quindi "in particolare, della Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea, della Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana o, laddove previsto, dell'Albo Pretorio o del profilo del committente".

Le disposizioni pregresse, inoltre, si applicano in una serie di casi che il comunicato ben sottolinea, in specie:

affidamenti aggiudicati prima della data di entrata in vigore del nuovo Codice, **per i quali siano disposti**:

a)il rinnovo del contratto;

b) modifiche contrattuali derivanti da rinnovi già previsti nei bandi di gara;

c) consegne, lavori e servizi complementari;

d) ripetizione di servizi analoghi;

e) proroghe tecniche – purché limitate al tempo strettamente necessario per l'aggiudicazione della nuova gara;

f) varianti per le quali non sia prevista l'indizione di una nuova gara.

Ciò a prescindere dalla circostanza che per tali fattispecie sia prevista l'acquisizione di un nuovo CIG – come ad esempio per il rinnovo dei contratti - "in quanto si tratta di fattispecie relative a procedure di aggiudicazione espletate prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice".

Questa prima precisazione ha aspetti di estremo rilievo, anche perché la stessa autorità anticorruzione, e non è poco, ribadisce la legittimità del rinnovo (non tacito) del contratto.

Opzione, come noto, che nella redazione definitiva del codice ha subito un profondo mutamento di disciplina. E' noto, infatti, che nello schema di decreto legislativo approvato dal Consiglio dei Ministri del 3 marzo, il rinnovo del contratto beneficiava di una esplicita previsione nell'articolo 106, comma 12. La disposizione non è stata confermata in fase di redazione definitiva – a differenza della proroga prevista al comma 11- anche se, sotto il profilo sostanziale, il rinnovo trova previsione nella "ripetizione" del contratto prevista nel c.5 dell'art.63.

E' altresì vero, che non pare si debba più dubitare della sopravvivenza della fattispecie alla luce della previsione di cui al comma 4 dell'articolo 35 del nuovo codice, anch'essa innovativa almeno nell'inciso finale laddove si puntualizza che "il calcolo del valore stimato di un appalto pubblico di lavori, servizi e forniture è basato sull'importo totale pagabile, al netto dell'IVA, valutato dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore. Il calcolo tiene conto dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di eventuali **opzioni o rinnovi del contratto esplicitamente stabiliti** nei documenti di gara".

La **proroga tecnica è l'unica**, a leggere il comunicato **da ritenersi ammessa** (visto il divieto della proroga che in realtà simula un affidamento diretto).

La **legittimazione della proroga tecnica purché limitata "al tempo strettamente necessario per l'aggiudicazione della nuova gara"** esige almeno un chiarimento – soprattutto perché interviene, questa comunicazione chiarificatrice, a distanza di quasi un mese dall'entrata in vigore del nuovo codice.

Proprio il comma 11, articolo 106 del nuovo codice, anch'essa precisazione innovativa, puntualizza che la "durata del contratto può essere modificata **esclusivamente per i contratti in corso di esecuzione se è prevista nel bando e nei documenti di gara una opzione di proroga**. La proroga è limitata al tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente. In tal caso il contraente è tenuto all'esecuzione delle prestazioni previste nel contratto agli stessi prezzi, patti e condizioni o più favorevoli per la stazione appaltante".

Pertanto, la proroga a cui allude il comunicato non può che essere quella già prevista nel contratto e non una decisione di affidare direttamente per creare una sorta di "vacatio legis" domestica. Ipotesi si praticabile ma da legittimare sulla base delle nuove norme.

La mancata previsione di una reale vacatio legis rendendo impossibile l'espletamento di una gara – si pensi ai contratti a scadenza nelle successive settimane rispetto all'entrata in vigore del codice – ha determinato probabilmente una serie di proroghe (non) tecniche se non previste nei contratti originari ma autentici affidamenti diretti probabilmente legittimati ai sensi dell'articolo 63 comma 2, lettera c) secondo cui la procedura negoziata – nella fattispecie dell'affidamento diretto –, come del resto già noto, è possibile "nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati.

Le circostanze invocate a giustificazione del ricorso alla procedura di cui al presente articolo non devono essere in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici".

L'entrata in vigore di un nuovo corpus normativo non può che rientrare in una ipotesi di questo tipo.

Mentre, a sommosso parere, la comunicazione si riferisce in gran parte a tutte quelle opzioni aggiudicate sotto l'egida del vecchio codice che da questo – nel momento del riaffido – restavano disciplinate. Così come la previsione è posta, sembrerebbe addirittura sine die.

Si pensi alla ripetizione prevista in un contratto stipulato il giorno prima dell'entrata in vigore del nuovo codice. L'opzione può essere esercitata entro 3 anni dalla stipula quando il vecchio codice (forse) non sarà altro che un pallido ricordo.

3. Le procedure negoziate

Secondo quanto si legge nel comunicato, le vecchie norme si applicano alle procedure negoziate indette, a partire dal 20 aprile 2016, in applicazione degli artt. 56, comma 1, lett. a) e 57, comma 2, lett. a) del d.lgs. 163/06, “nei casi, rispettivamente, di precedenti gare bandite in vigore del d.lgs. 163/06 andate deserte a causa della presentazione di offerte irregolari o inammissibili e della mancanza assoluta di offerte, purché la procedura negoziata sia tempestivamente avviata”.

Inoltre, a procedure riconducibili al sottosoglia e all'allegato II B (appalti esclusi) “per le quali la stazione appaltante abbia pubblicato, in vigore del d.lgs. 163/06, un avviso esplorativo (indagine di mercato) finalizzato a reperire operatori interessati ad essere invitati a presentare offerta, purché sia certa la data di pubblicazione dell'avviso (ad esempio perché avvenuta sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea o della Repubblica Italiana), la procedura negoziata sia avviata entro un termine congruo dalla data di ricevimento delle manifestazioni di interesse e non siano intervenuti atti che abbiano sospeso, annullato o revocato la procedura di gara”.

Il riferimento agli appalti esclusi dell'allegato II B, porta inevitabilmente la riflessione sui servizi legali e sugli appalti dei servizi sociali ora non più relegati nel limbo (soprattutto i secondi) degli appalti affrancati dal codice.

Come noto, per gli appalti dei servizi sociali il legislatore ha definitivamente stabilito la riconduzione all'alveo del codice prevedendo una soglia (750 mila euro nel settore ordinario, 1 milione di euro nei settori speciali) al di sotto della quale le disposizioni che dovrebbero operare sono sintetizzate nell'articolo 36 del codice.

Per importi pari o superiori a tale cifra il legislatore ha definito non l'assoggettamento totale alla disciplina codicistica ma l'applicazione delle norme di cui agli artt. 140/144.

I servizi legali ora sono chiaramente degli appalti di servizi soggetti alle norme ordinarie del codice.

6. Le comunicazioni all'Osservatorio

Le difficoltà poste dall'immediata entrata in vigore del codice – anche per l'ANAC – si evidenziano in tema di comunicazioni che il RUP è tenuto ad effettuare all'osservatorio. In relazione a quanto, si legge nel comunicato, “con riferimento alle procedure di scelta del contraente avviate in vigore del d.lgs. 163/06, restano fermi gli obblighi di comunicazione previsti dal richiamato decreto legislativo e dal d.p.r. 207/2010, che dovranno essere assolti secondo le modalità di trasmissione già determinate dall'Autorità con atti a carattere generale. Per le procedure avviate dopo l'entrata in vigore del nuovo Codice, restano fermi, per il periodo transitorio, tutti gli obblighi di comunicazione dei dati e delle informazioni previgenti, nonché le indicazioni fornite dall'Autorità negli atti a carattere generale adottati per la gestione dell'Osservatorio e del Casellario. Si chiarisce che il riferimento alle casistiche enucleate agli artt. 19, 21, 22, 23, 24 e 26 del d.lgs. 163/06 contenuto nelle richiamate disposizioni e negli atti a carattere generale dell'Autorità, deve intendersi riferito agli articoli da 4 a 20 del Codice”. Inoltre, nel comunicato viene esplicitata una sorta di tabella di corrispondenza tra pregressi riferimenti e quelli attuali. E' noto soprattutto in relazione (anche) all'acquisizione dello smart CIG che gli affidamenti diretti sono andati ancora sotto la voce relativa all'acquisizione in economia e similari.

Altre utili precisazioni vengono fornite – sempre nell'ambito in commento – da una tabella di corrispondenza tra requisiti richiesti dal pregresso articolo 38 e l'attuale articolo 80. La

comunicazione si chiude con il monito ai RUP che omettano (art. 213 del codice) “ senza giustificato motivo, di fornire le informazioni richieste ovvero fornisce informazioni non veritiere, l’Autorità avvierà un procedimento sanzionatorio finalizzato all’applicazione della sanzione amministrativa pecuniaria di cui al comma 13 del medesimo articolo”.