

Nelle gare sottosoglia non è obbligatorio il ricorso all'affidamento diretto previsto dalla normativa emergenziale

Autore: Giacomo Giuseppe Verde

In: Diritto amministrativo

Riferimenti: appalti sottosoglia - Art.1, comma 1, del D.L. 76/2020 convertito in L. 120/2020.

La vicenda

La vicenda nasce a seguito dell'espletamento di una procedura di gara per l'affidamento del servizio triennale, senza costi per il Comune ma con un volume di affari stimato in 45.000 Euro, per il ripristino della sicurezza delle strade a seguito di incidenti stradali, da remunerare mediante gli oneri dovuti delle compagnie assicurative dei veicoli coinvolti.

Il ricorrente lamenta, tra i vari motivi, l'illegittimità della scelta operata dall'Amministrazione comunale, peraltro senza una specifica motivazione sul punto, di procedere con procedura aperta ex art. 60 Codice Appalti e non mediante affidamento diretto secondo la previsione normativa derogatoria, per gli appalti sotto soglia quale quello qui in esame, di cui al D.L. n. 76/2020, convertito nella legge n. 120/2020, con particolare riferimento all'art. 1, comma 1, per i contratti sotto soglia.

Il Tar considera tale motivo non meritevole di accoglimento, ritenendo che la normativa emergenziale invocata dal ricorrente e relativa alle deroghe previste dall'art. 1, comma 1, del D.L. n. 76/2020, non possa trovare applicazione in specie.

Per i giudici amministrativi è vero che la norma in questione prevede la possibilità di un affidamento diretto "al fine di incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici, nonché al fine di far fronte a le ricadute negative" dell'emergenza COVID, ma è altrettanto evidente che la citata disposizione, non revocando o sospendendo la disciplina ordinaria, non ha inteso impedire la scelta delle amministrazioni pubbliche di operare mediante le norme ordinarie dell'evidenza pubblica con gare aperte in luogo dell'affidamento diretto.

Peraltro, rileva il Tar, il "servizio di ripristino stradale", oggetto dell'appalto, non comporta "investimenti pubblici", in quanto la gara non prevede costi per l'Amministrazione, non avendo così alcun impatto sulle ricadute dell'emergenza COVID.

Per i giudici tali considerazioni trovano riscontro anche nelle osservazioni dell'ANAC in sede di parere reso in commissione al Senato prima della approvazione del testo di legge, nella parte in cui si rileva che "sebbene l'art. 1 del d.l. non abbia fatto salva la richiamata facoltà, la perdurante applicabilità dei principi di cui al comma 1 dell'art. 30 induce a ritenere che il regime in deroga non abbia privato, pur nella situazione eccezionale creatasi a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale, le stazioni appaltanti della possibilità di ricorrere a soluzioni aperte alla più ampia concorrenza qualora appaiano le più idonee a soddisfare il proprio fabbisogno" (parere ANAC del 3 agosto 2020 parere reso in sede di approvazione al Senato).

Per il Tar pertanto l'affidamento diretto previsto dalla normativa emergenziale "non costituisce il modulo procedimentale sottosoglia al quale le stazioni appaltanti debbano obbligatoriamente fare ricorso".

Neppure il parere del Ministero Infrastrutture e Trasporti n. 735/2020 induce il Collegio a diverse conclusioni. In relazione a tale documento e, in particolare, al richiamato obbligo da parte delle stazioni appaltanti di motivare il ricorso all'evidenza pubblica, i giudici rilevano che tale parere, peraltro da non ritenersi vincolante nei confronti della stazione appaltante, si limita, in ogni caso, solamente a "suggerire" di dare un riscontro nella motivazione per la scelta della procedura di evidenza pubblica ordinaria rispetto a quella "emergenziale" in deroga dell'affidamento diretto. Al riguardo risulta determinante il parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato del 30 agosto 2016, n. 1903/2016, secondo cui il principio generale della motivazione assume valenza con riguardo alla fase dell'affidamento e dell'individuazione dell'aggiudicatario e non tanto, dunque, nella precedente fase a monte circa la scelta della procedura prescelta (semplificata ovvero ordinaria).

La decisione

La decisione in esame lascia comunque irrisolta la questione interpretativa legata alla natura obbligatoria o facoltativa del ricorso alle misure derogatorie previste dalla citata disposizione emergenziale. Le perplessità sono legate alla ratio della suddetta normativa che è quella di semplificare e velocizzare l'espletamento delle gare; a parere di chi scrive vi è il fondato timore che lasciare alla discrezionalità delle amministrazioni la scelta della procedura (tra quella ordinaria e quella emergenziale) potrebbe vanificare lo sforzo del legislatore teso ad accelerare le procedure di appalto per contrastare la grave crisi economica. D'altro canto, però, la sospensione totale del ricorso alle procedure ordinarie, diverse dall'affidamento diretto, rischia di ampliare enormemente l'ambito di discrezionalità lasciato a dirigenti e funzionari. Tale dilatazione, infatti, accompagnata da una significativa deresponsabilizzazione della dirigenza pubblica quale conseguenza dell'attenuazione dei controlli derivanti dalla riformulazione del reato di abuso d'ufficio e dalla ridefinizione - seppure temporanea - degli ambiti di responsabilità erariale, potrebbe ridurre il livello di prevenzione rispetto ai rischi di maladministration ed esporre le amministrazioni a possibili fenomeni distorsivi nell'applicazione della normativa di settore.

L'interpretazione della norma derogatoria impone, così, di bilanciare e contemperare gli interessi emergenti per far sì che la realizzazione dell'interesse pubblico inerente al contratto da assegnare rappresenti il risultato di un'attività ermeneutica e applicativa orientata ad assicurare la tempestività degli affidamenti nelle commesse pubbliche e, al tempo stesso, il rispetto dei principi di trasparenza, concorrenzialità e parità di condizioni per i concorrenti. In caso di ricorso alla procedura ordinaria si ritiene opportuno che la decisione sia adeguatamente motivata, non tanto per la legittimità della procedura, quanto per gli aspetti correlati alla potenziale responsabilità del RUP derivante dalla dilatazione dei tempi di assegnazione del contratto fisiologicamente più lunghi di quelli derivanti dall'affidamento diretto.

Volume consigliato

<https://www.diritto.it/nelle-gare-sottosoglia-non-e-obbligatorio-il-ricorso-all'affidamento-diretto-previsto-dalla-normativa-emergenziale/>