



Presidente

-----OMISSIS-----

Oggetto

AG 2-2020 - -----OMISSIS----- - Richiesta di parere in ordine all'ambito applicativo dell'art. 2, comma 4, del decreto-legge semplificazioni n. 76/2020.

Vs Rif. prot. n. -----OMISSIS-----.

Con riferimento a quanto richiesto con nota pervenuta in data 2 ottobre 2020, acquisita al prot. n. 72593, in ordine alla questione indicata in oggetto, si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 21 ottobre u.s. ha deliberato le seguenti considerazioni.

Con la nota sopra indicata, si chiede all'Autorità di esprimere il proprio avviso in ordine all'ambito di applicazione dell'art. 2, comma 4, del d.l. 6 luglio 2020, n. 76, recante «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale», convertito, con modificazioni, in legge 11 settembre 2020, n. 120.

Tale disposizione stabilisce, in particolare, che le stazioni appaltanti, per l'affidamento di lavori, servizi e forniture, dei servizi di ingegneria e architettura e per l'esecuzione dei relativi contratti «operano in 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, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, ivi inclusi quelli derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE, dei principi di cui agli articoli 30, 34 e 42 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e delle disposizioni in materia di subappalto». La previsione è riferita sostanzialmente ai casi di cui al comma 3, vale a dire per ragioni di estrema urgenza derivanti dagli effetti negativi della crisi causata dalla pandemia da COVID-19 o dal periodo di sospensione delle attività determinato dalle misure di contenimento adottate per fronteggiare la crisi. L'applicazione della disposizione è, inoltre, estesa anche all'edilizia "giudiziaria", nonché «agli interventi per la messa a norma o in sicurezza degli edifici pubblici destinati ad attività istituzionali...».

Pertanto, l'Amministrazione richiedente ha sottolineato che la norma riveste notevole interesse per -----OMISSIS----- in considerazione dell'importante patrimonio immobiliare dalla stessa gestito, sia a livello centrale sia periferico.

La norma pone, tuttavia, problemi interpretativi, con particolare riferimento all'individuazione delle disposizioni comunitarie e di derivazione comunitaria che costituirebbero espressione di vincoli non inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea e che sarebbero oggetto di disapplicazione ad opera delle stazioni appaltanti, nonché problemi applicativi in considerazione dei possibili vuoti normativi che le stazioni appaltanti si troverebbero ad affrontare in conseguenza della disapplicazione delle norme che non trovano diretto riscontro nella normativa dell'Unione europea.

Si chiede quindi all'Autorità di esprimere avviso sui seguenti quesiti:

- l) se la previsione per cui le stazioni appaltanti «operano in deroga ad ogni disposizione di legge ... fatto salvo il rispetto... dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea...» abbia natura obbligatoria, nel senso di costituire un vincolo per le stazioni appaltanti a disapplicare la disciplina di diritto interno che non trovi diretto riscontro nella normativa sovranazionale;

- II) nella ritenuta ipotesi della natura vincolante della disposizione, atteso il richiamo al rispetto «dei principi di cui agli articoli 30, 34 e 42 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e delle disposizioni in materia di subappalto», si chiede in quale parte la disciplina del Codice dei contratti pubblici possa ritenersi di natura inderogabile, avuto riguardo alla circostanza che le disposizioni dello stesso sono, ai sensi del richiamato art. 30, espressione di principi il cui rispetto, nelle procedure di affidamento, avviene «con le modalità indicate dal presente codice», così lasciando intendere che le disposizioni del d.lgs. 50/2016 non sono altro che le modalità di applicazione dei medesimi principi fatti salvi dalla disposizione in commento, che li pone come inderogabili;
- III) se, nell'ipotesi in cui si ritenga obbligatoria, in tutto o in parte, la disapplicazione della normativa interna che non trovi riscontro in quella dell'Unione europea, saranno aggiornati, e con quali tempi, gli schemi di disciplinare di gara, predisposti da Codesta Autorità per le diverse tipologie di affidamento, di grande ausilio per le stazioni appaltanti, anche con riferimento alle disposizioni del decreto legislativo n. 42 del 22 gennaio 2004, recante il Codice dei beni culturali e del paesaggio.

Considerazioni

Si osserva in primo luogo che il decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 recante «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale», convertito con modificazioni, in legge 11 settembre 2020, n. 120, reca, nel Titolo I, Capo I (*Semplificazioni in materia di contratti pubblici*), alcune rilevanti novità in materia di contratti pubblici, finalizzate ad incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici, nonché a fronteggiare le ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale del COVID-19.

Tra le norme di maggior impatto sul sistema degli affidamenti dei contratti pubblici, oltre all'art. 1 dedicato ai contratti di valore inferiore alle soglie comunitarie, l'articolo 2 (*Procedure per l'incentivazione degli investimenti pubblici in relazione all'aggiudicazione dei contratti pubblici sopra soglia*) detta delle disposizioni di carattere temporaneo (dalla data di entrata in vigore del decreto e fino al 31 dicembre 2021), con le quali, in relazione alle modalità di affidamento dei contratti pubblici – come chiarito nella *Relazione Illustrativa* del decreto – si stabilisce quanto segue:

- Al **comma 2** che *salvo quanto previsto dal successivo comma 3*, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di lavori, servizi e forniture nonché dei servizi di ingegneria e architettura, inclusa l'attività di progettazione, di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 del codice dei contratti pubblici, mediante la *procedura aperta, ristretta o, previa motivazione sulla sussistenza dei presupposti previsti dalla legge, della procedura competitiva con negoziazione o il dialogo competitivo*, con i termini ridotti di cui all'articolo 8, comma 1, lettera c).
- Al **comma 3** si prevede che per l'affidamento dei contratti pubblici di importo pari o superiore alle soglie comunitarie *la procedura negoziata* di cui all'articolo 63 del codice, per i settori ordinari, e di cui all'articolo 125, per i settori speciali *può essere utilizzata - previa pubblicazione dell'avviso di indizione della gara o di altro atto equivalente, nel rispetto di un criterio di rotazione - nella misura strettamente necessaria* 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, i termini, anche abbreviati, previsti dalle procedure ordinarie non possono essere rispettati.
- Al **comma 4** si dispone che *nei casi di cui al comma 3 e nei settori ivi indicati*, le stazioni appaltanti, per l'affidamento e per l'esecuzione dei contratti pubblici, operano *in 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, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, ivi inclusi quelli derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE, dei principi di cui agli articoli 30, 34 e 42 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e delle disposizioni in materia di subappalto.

La *Relazione Tecnica* del medesimo decreto, con riferimento alla disposizione in esame, evidenzia che con l'art. 2 «Si prevedono delle disposizioni, di carattere temporaneo e ordinamentale, e derogatorie del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, in relazione all'aggiudicazione dei contratti pubblici sopra la soglia comunitaria, volte ad incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici e a far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale del COVID-19...».

Con riferimento alle previsioni introdotte dal d.l. semplificazioni, l'Autorità ha pubblicato un documento pubblicato sul sito istituzionale nel quale formula osservazioni sulle disposizioni del D.L. n. 76/2020 che hanno effetti sul sistema dei contratti pubblici e sulla materia della prevenzione della corruzione e della trasparenza, esaminando per ciascuna norma i problemi interpretativi e applicativi da essa sollevati.

In tale documento, con riguardo alle **disposizioni dell'art. 2, comma 4, del d.l. 76/2020** è stato osservato (tra l'altro e per quanto di interesse in questa sede) che:

- La previsione della disapplicazione di ogni disposizione di legge, con esclusione, tra l'altro, dei vincoli inderogabili derivanti dalle direttive europee in materia di contratti pubblici impone all'interprete *un'attività non agevole volta ad individuare le norme applicabili al caso concreto*. La scelta di indicare espressamente anche le direttive (quantomeno la 24/2014/UE e la 25/2014/UE) consegna alle stazioni appaltanti che opereranno ai sensi del comma 4 una *disciplina complessa. Le direttive, infatti, accanto a disposizioni obbligatorie, contengono previsioni la cui attuazione, negli ordinamenti nazionali, è rimessa alla discrezionalità dei singoli Stati membri e che tuttavia per la loro rilevanza nella definizione del corretto iter procedurale non possono non ritenersi parimenti inderogabili*. Per tali ultime disposizioni, quindi, il diritto nazionale ha previsto una disciplina particolare che non trova riscontro nella direttiva. Si pensi ad esempio ad alcune cause di esclusione previste dall'articolo 80 del Codice, oppure al sistema di qualificazione degli operatori economici per i lavori di importi superiori a 150.000, oppure ancora alla delicata materia della risoluzione del contratto, alla differenza tra l'art. 73 della direttiva 24/2014/UE che detta indicazioni generali rivolte agli Stati membri e l'art. 108 d.lgs. 50/2016 che invece articola puntualmente le ipotesi di risoluzione rappresentando una guida diretta per le stazioni appaltanti. *Per tali ipotesi dovrebbe operare la disapplicazione prevista dal comma 4 dell'articolo 2 del decreto in esame, con conseguente creazione di un vuoto normativo da colmare a cura dell'interprete*. Tale possibilità potrebbe generare comportamenti disomogenei da parte delle stazioni appaltanti e occasioni di contenzioso.
- Mentre per i contratti affidati ai sensi del comma 3 resta quantomeno indicato il tipo di procedura da utilizzare (art. 63, art. 125, come accadeva nel 'decreto Genova' che quanto a modalità di affidamento richiamava il corrispondente art. 32 della direttiva 24/2014/UE), *le stazioni appaltanti che opereranno nei settori indicati dal comma 4 dovranno applicare le direttive a partire dalla scelta della procedura che, in assenza di motivate ragioni in concreto, non potrà essere sempre la procedura negoziata senza bando*. Al riguardo si osserva che l'art. 26 della direttiva 24/2014/UE - che dispone in materia di scelta della procedura - contiene un rinvio alla normativa nazionale ("nell'aggiudicazione di appalti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici applicano le procedure nazionali adattate in modo da essere conformi alla presente direttiva") il che da un punto di vista applicativo determina una reviviscenza delle disposizioni della legge nazionale che proprio il comma 4 parrebbe voler derogare. Tale lettura, peraltro, potrebbe trovare una conferma nel testo dello stesso comma 4 che dispone la deroga *"per quanto non espressamente indicato dal presente articolo"*. *Questo inciso consentirebbe, infatti, di ritenere applicabili ai settori del comma 4 le disposizioni del comma 2 che in materia di affidamento rinviano al d.lgs. 50/2016. Tale previsione, infatti, fa salva solo l'applicabilità del co.3.*
- Quello che si ricava alla luce di una interpretazione sistematica delle disposizioni del comma 4 è che per quanto attiene alla fase della *scelta della procedura*, non si verte, in effetti, in un regime di deroga (*fatta sempre salva la possibilità di operare con motivata urgenza ai sensi del precedente comma 3, anche nei settori di cui al comma 4*). Tale aspetto, tuttavia, non è immediatamente intuibile dalla lettura della disposizione che dà l'idea di voler andare invece nella direzione opposta.
- Alle difficoltà discendenti dalla immediata applicazione delle sole direttive, potrebbe avviarsi con una attenta redazione dei documenti di gara che consenta di *includere espressamente nella lex specialis il contenuto di tutte quelle disposizioni derogate che dovessero, invece, ritenersi necessarie alla migliore speditezza del procedimento di aggiudicazione e della esecuzione del contratto*. È evidente che in tal caso si sarebbe di fronte non ad una semplificazione, ma ad ulteriore incremento degli oneri per le stazioni appaltanti sin dalla fase della redazione della documentazione di gara.

Sulla base delle osservazioni sopra riportate (e delle ulteriori considerazioni svolte nel documento citato), l'Autorità - considerate le notevoli criticità derivanti dall'art. 2, comma 4 e la sua sproporzione rispetto all'obiettivo dell'accelerazione delle procedure, raggiungibile con gli istituti di urgenza previsti dal vigente Codice dei contratti - ha evidenziato «la propria netta contrarietà alla norma» e ne ha proposto «l'eliminazione dal testo» del decreto.

Tuttavia, con legge di conversione del predetto decreto, l.n. 120/2020, la disposizione - per i profili di criticità in esame - è rimasta immutata.

Pertanto, come ipotizzato dall'Autorità nel documento citato, gli operatori del settore si troveranno ad operare in quadro normativo di riferimento particolarmente complesso e di difficile applicazione, come dimostra peraltro l'odierna richiesta di parere _____OMISSIS_____.

Passando ad analizzare i quesiti specifici sollevati da tale Amministrazione, occorre quindi stabilire in via preliminare se la deroga contemplata nell'art. 2, comma 4, del d.l. semplificazioni, abbia natura obbligatoria nel senso di costituire un vincolo per le stazioni appaltanti a disapplicare la disciplina di diritto interno che non trovi diretto riscontro nella normativa sovranazionale.

A tal fine sembra utile riportare il testo della norma, per procedere successivamente alla sua analisi.

Ai sensi dell'art. 2, comma 4, citato, nella versione modificata dalla legge di conversione, «**Nei casi di cui al comma 3 e nei settori** dell'edilizia scolastica, universitaria, sanitaria, giudiziaria e penitenziaria, delle infrastrutture per attività di ricerca scientifica e per la sicurezza pubblica, dei trasporti e delle infrastrutture stradali, ferroviarie, portuali, aeroportuali, lacuali e idriche, ivi compresi gli interventi inseriti nei contratti di programma ANAS-Mit 2016-2020 e RFI-Mit 2017 - 2021 e relativi aggiornamenti, nonché per gli interventi funzionali alla realizzazione del Piano nazionale integrato per l'energia e il clima (PNIEC), e per i contratti relativi o collegati ad essi, **per quanto non espressamente disciplinato dal presente articolo**, le stazioni appaltanti, per l'**affidamento** delle attività di esecuzione di lavori, servizi e forniture nonché dei servizi di ingegneria e architettura, inclusa l'attività di progettazione, e per l'**esecuzione** dei relativi contratti, **operano in 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, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, ivi inclusi quelli derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE, dei principi di cui agli articoli 30, 34 e 42 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e delle disposizioni in materia di subappalto**. Tali disposizioni si applicano, altresì, agli interventi per la messa a norma o in sicurezza degli edifici pubblici destinati ad attività istituzionali, al fine di sostenere le imprese ed i professionisti del comparto edile, anche operanti nell'edilizia specializzata sui beni vincolati dal punto di vista culturale o paesaggistico, nonché di recuperare e valorizzare il patrimonio esistente».

La lettura della norma consente di effettuare le seguenti considerazioni:

- In primo luogo, la deroga contenuta nel comma 4 dell'art. 2, riferita ai casi di cui al comma 3 (ossia ragioni di estrema urgenza derivanti dall'emergenza sanitaria in corso), riguarda gli appalti relativi alle opere pubbliche ivi elencate.
- Per gli affidamenti dei contratti di lavori, servizi, forniture nonché per le attività di progettazione ed esecuzione dei contratti relativi alle suindicate opere pubbliche, ritenute evidentemente "strategiche" per la ripresa nazionale, le stazioni appaltanti "operano in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale".
- La disposizione contempla uno spazio derogatorio riferito sia *alla fase dell'affidamento* sia *a quella dell'esecuzione del contratto*.
- Si prevedono, tuttavia, alcuni limiti alla deroga ivi prevista, posto che la norma – come sopra evidenziato – richiede alle stazioni appaltanti il rispetto:
 - I. delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 (recante "Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136");
 - II. dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, ivi inclusi quelli derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE;
 - III. dei principi di cui agli articoli 30, 34 e 42 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 [Si tratta dei principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni (Art. 30), dei criteri di sostenibilità energetica e ambientale (art. 34), di conflitto di interesse (art. 42)];
 - IV. delle disposizioni in materia di subappalto.

La norma stabilisce inoltre che la deroga ivi prevista si applica per "**quanto non espressamente regolato dal presente articolo**". Espressione che appare riferibile a **tutti i commi e a tutte le previsioni dell'articolo in esame**.

Il rinvio in tal modo operato alle "altre" disposizioni dello stesso art.2, consente di ritenere che per gli interventi previsti dall'art. 2, comma 4, del d.l. in esame, le stazioni appaltanti "**possono**" ricorrere, ai fini dell'affidamento, **sia alle procedure "ordinarie" di cui al comma 2 dell'articolo 4, sia alla procedura negoziata senza bando di cui al comma 3, nei casi di estrema urgenza ivi indicati, sia infine al regime di deroga contemplato nel citato comma 4 nei termini sopra illustrati**.

Tale interpretazione sembra trovare riscontro anche nelle considerazioni svolte dall'Autorità nel documento sopra richiamato, nel quale è stato osservato che l'inciso " *per quanto non espressamente regolato dal presente articolo*" sembra consentire l'applicazione ai settori del comma 4, delle disposizioni del comma 2 che, in materia di affidamento, rinviano al d.lgs. 50/2016. Aggiungendo (ancorché in ordine alla fase di esecuzione del contratto di appalto ma con considerazioni utili per la fase dell'affidamento del contratto stesso) che alle difficoltà interpretative e applicative della norma " *potrebbe avviarsi con una attenta redazione dei documenti di gara che consenta di includere espressamente nella lex specialis il contenuto di tutte quelle disposizioni derogate che dovessero, invece, ritenersi necessarie alla migliore speditezza del procedimento di aggiudicazione e della esecuzione del contratto*".

A ciò si aggiunga, quale considerazione finale, che la norma non prevede un divieto espresso per le amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere, per gli appalti relativi ai settori indicati nel comma 4, alle procedure ordinarie disciplinate dal d.lgs. 50/2016.

Alla luce di quanto sopra si ritiene, quindi che le disposizioni dell'art. 2, comma 4 del d.l. 76/2020 conv. in l.n. 120/2020, debbano essere lette in **combinato disposto con le previsioni dei commi 2 e 3 della stessa norma**, consentendo quindi alle stazioni appaltanti, per l'affidamento degli appalti nei settori ivi indicati, di procedere alternativamente:

- ai **sensi del comma 2**, mediante le procedure ordinarie ivi indicate;
- ai **sensi del comma 3**, con procedura negoziata ex art. 63 del Codice, nella misura strettamente necessaria, per ragioni di estrema urgenza derivanti dagli effetti negativi dell'emergenza sanitaria in corso;
- ai **sensi del comma 4**, per ragioni di urgenza ex comma 3 e nei settori ivi indicati, in regime deroga.

Si ritiene, quindi, in risposta al *primo quesito* sollevato nell'istanza di parere del _____OMISSIS_____ che l'ampia deroga contemplata nell'art. 2, comma 4, del d.l. semplificazioni, **non abbia natura obbligatoria** per le stazioni appaltanti ma che le stesse, per l'affidamento degli appalti relativi alle opere pubbliche ivi indicate, possano procedere alternativamente secondo le previsioni sopra citate.

La risposta al primo quesito, nei termini indicati, consente di ritenere superato il *secondo quesito*, subordinato alla vincolatività dell'applicazione dell'art. 2, comma 4, del d.l. in esame, e riferito all'individuazione delle parti del d.lgs. 50/2016 da ritenere inderogabili, in quanto espressione dei principi enunciati dall'art. 30 dello stesso il cui rispetto è stabilito dalla citata disposizione del d.l. semplificazioni.

Sul punto si rinvia, comunque, al citato documento Anac sul d.l. semplificazioni, nel quale sono state svolte anche delle considerazioni sulle parti del Codice che **non** dovrebbero essere disapplicate in regime di deroga, al fine di evitare vuoti normativi, come ad esempio la disciplina delle cause di esclusione previste dall'articolo 80 del Codice (divieti di contrarre con la pubblica amministrazione, annotazioni nel casellario, violazione del divieto di intestazione fiduciaria, violazione delle norme sul lavoro dei disabili o in materia di salute e sicurezza sul lavoro, condanna per i reati di cui al comma 5, lett. l), situazioni di controllo tra partecipanti alla medesima gara, pantouflage), quella relativa al sistema di qualificazione degli operatori economici per i lavori di importi superiori a 150.000 e la materia della risoluzione del contratto.

Si ribadisce, in ogni caso, che alle difficoltà interpretative e applicative della norma in esame, le stazioni appaltanti possono ovviare – in caso di ricorso al regime di deroga di cui al comma 4 dell'art. 2 in esame – richiamando nella *lex specialis* l'applicazione delle disposizioni del Codice ritenute necessarie per la corretta e celere conduzione dell'appalto.

Infine sul *terzo quesito*, si rappresenta che questa Autorità, nelle more dell'emanazione del Regolamento di attuazione del Codice, ha avviato la predisposizione di un documento di consultazione, recante lo schema di un disciplinare tipo per lo svolgimento di procedure aperte da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità prezzo, per l'affidamento di contratti di servizi e forniture mediante il ricorso a piattaforme informatiche. Tale documento è destinato a sostituire il precedente Bando-tipo n. 1. Ciò in considerazione non solo dell'analisi del mercato dei contratti pubblici e del presente quadro normativo, ma anche della spinta alla semplificazione e alla digitalizzazione voluta dal Governo per fronteggiare la crisi economica conseguente all'epidemia da Covid-19.

La mancata adozione ad oggi sia del regolamento unico di cui all'art. 216, comma 27 *octies*, del d.lgs. 50/2016 sia del decreto interministeriale di cui all'art. 44 del d.lgs. 50/2016 e la mutevole disciplina primaria rendono particolarmente ardua la predisposizione del nuovo bando tipo e/o la revisione di quelli già esistenti in quanto impone un monitoraggio ed esame continuo dei sopravvenuti provvedimenti normativi e non consente che si formino quelle *best practices* che un bando tipo deve recepire e "presentare" al mercato.

Nella stesura del documento di consultazione verranno tenute in conto le modifiche normative intervenute, distinguendo tra istituti introdotti o sospesi in via sperimentale, si pensi ad esempio all'inversione procedimentale per l'apertura delle buste o al mancato avvio dell'Albo dei commissari di gara, e le deroghe al Codice di cui al primo quesito.

Con riferimento agli istituti sperimentali è intenzione dell'Autorità valutare la possibilità di fornire indicazioni circa le loro modalità di attuazione eventualmente in alternativa a quelle standard (nel caso degli esempi precedenti la procedura di selezione delle offerte in assenza di inversione procedimentale o in caso di operatività dell'Albo dei commissari di gara). Una analoga riflessione è in corso con riferimento alle disposizioni in deroga anche se con riferimento a queste ciò potrà risultare non sempre perseguibile in considerazione delle incertezze che caratterizzano la normativa derogatoria nonché della durata temporalmente limitata della stessa. In tali casi si potrebbe valutare l'opportunità di continuare ad applicare le disposizioni vigenti nel d.lgs 50/2016 così come già indicato nel richiamato documento ANAC sul d.l. semplificazioni.

L'obiettivo è fornire alle stazioni appaltanti indicazioni operative utili per la stesura del disciplinare di gara sia con riferimento ad istituti giuridici nuovi o ad applicazione temporanea sia con riferimento a previsioni normative nazionali che dovranno essere disapplicate.

Conclusioni

Le considerazioni che precedono consentono di ritenere che l'ampia deroga contemplata nell'art. 2, comma 4, del d.l. semplificazioni, **non abbia natura obbligatoria per le stazioni appaltanti** per l'affidamento degli appalti nei settori ivi indicati, ma che le stesse, per tali finalità, possano alternativamente ricorrere alle procedure di aggiudicazione previste nella stessa disposizione, ai commi 2, 3 e 4, nel senso sopra indicato.

Si evidenzia in ogni caso, quale considerazione conclusiva, che sulla effettiva portata derogatoria dell'art. 2, comma 4, nonché sull'efficacia espansiva della medesima, che può determinare di fatto la disapplicazione di disposizioni di recepimento di direttive comunitarie (come è il d.lgs. 50/2016), con impatto diretto sul mercato dei contratti pubblici, l'avviso dell'A.N.A.C. serve a indirizzare l'operato delle stazioni appaltanti ma non può costituire interpretazione autentica della norma.

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

(firmato digitalmente il 26 ottobre 2020)