

Il Decreto Semplificazioni e gli adempimenti di cui al D.Lgs. n. 33/2013 per i contratti pubblici sotto soglia

di Christian Longo

Data di pubblicazione: 15-10-2020

Il Capo I, Titolo I del Decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, coordinato con la legge di conversione 11 settembre 2020, n. 120, recante “Misure urgenti per la semplificazione e l’innovazione digitale”, delinea le semplificazioni in materia di contratti pubblici.

Tra le diverse previsioni normative, si vuole soffermare l’attenzione su due disposizioni in particolare: l’art. 1 è dedicato alle procedure per l’incentivazione degli investimenti pubblici durante il periodo emergenziale in relazione all’aggiudicazione dei contratti pubblici sotto soglia; al contrario, l’art. 2 definisce gli adempimenti relativi alle procedure per l’incentivazione degli investimenti pubblici in relazione all’aggiudicazione dei contratti pubblici sopra soglia.

Nell’ambito di tali previsioni, l’art. 1, comma 2, lett. b) del Decreto Semplificazioni scansiona le modalità che le Stazioni Appaltanti devono utilizzare ai fini dell’affidamento delle attività di esecuzione di lavori, servizi e forniture, nonché dei servizi di ingegneria e architettura, inclusa l’attività di progettazione, di importo inferiore alle soglie di cui all’articolo 35 del decreto legislativo n. 50 del 2016, e precisamente:

“a) affidamento diretto per lavori di importo inferiore a 150.000 euro e per servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l’attività di progettazione, di importo inferiore a 75.000 euro;

b) procedura negoziata, senza bando, di cui all’articolo 63 del decreto legislativo n. 50 del 2016, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, che tenga conto anche di una diversa dislocazione territoriale delle imprese invitate, individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per l’affidamento di servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l’attività di progettazione, di importo pari o superiore a 75.000 euro e fino alle soglie di cui all’articolo 35 del decreto legislativo n. 50 del 2016 e di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 350.000 euro, ovvero di almeno dieci operatori per lavori di importo pari o superiore a 350.000 euro e inferiore a un milione di euro, ovvero di almeno quindici operatori per lavori di importo pari o superiore a un milione di euro e fino alle soglie di cui all’articolo 35 del decreto legislativo n. 50 del 2016”.

Con la legge di conversione 11 settembre 2020, n. 120, il Legislatore ha tuttavia previsto, con particolare riferimento alle procedure negoziate, senza bando, un ulteriore adempimento per le Stazioni appaltanti:

«Le stazioni appaltanti danno evidenza dell’avvio delle procedure negoziate di cui alla presente

lettera tramite pubblicazione di un avviso nei rispettivi siti internet istituzionali. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento, la cui pubblicazione nel caso di cui alla lettera a) non è obbligatoria per affidamenti inferiori ad euro 40.000, contiene anche l'indicazione dei soggetti invitati».

Tale previsione normativa deve necessariamente essere letta congiuntamente con il citato art. 2 del Decreto Semplificazioni che, invece, con particolare riferimento all'aggiudicazione dei contratti pubblici sopra soglia, prevede: «Gli atti delle stazioni appaltanti adottati ai sensi del presente articolo sono pubblicati e aggiornati nei rispettivi siti internet istituzionali, nella sezione «Amministrazione trasparente» e sono soggetti alla disciplina di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33. Nella medesima sezione, e sempre ai sensi e per gli effetti del predetto decreto legislativo n. 33 del 2013, sono altresì pubblicati gli ulteriori atti indicati all'articolo 29, comma 1, del decreto legislativo n. 50 del 2016. Il ricorso ai contratti secretati di cui all'articolo 162 del decreto legislativo n. 50 del 2016 e' limitato ai casi di stretta necessità e richiede una specifica motivazione».

Se da una parte, l'art. 2, comma 6 del Decreto Semplificazioni, per come modificato dalla legge di conversione, ha previsto la pubblicazione nella sezione «Amministrazione trasparente» di tutti gli atti adottati dalla S.A., oltre ad effettuare tale adempimento anche nei rispettivi siti internet istituzionali (quest'ultima indicazione è stata apportata dalla legge di conversione); dall'altro, l'art. 1 comma 2, lett. b) del medesimo Decreto ha previsto, limitatamente alle procedure negoziate senza bando, di cui all'articolo 63 del decreto legislativo n. 50 del 2016, l'obbligo di dare evidenza dell'avvio delle procedure attraverso la pubblicazione di un avviso nei rispettivi siti internet istituzionali, senza alcun adempimento nella sezione «Amministrazione trasparente».

Soffermando l'attenzione sui Contratti pubblici sotto soglia, risulta interessante riportare quanto previsto dall'art. 2 del D.Lgs. n. 33/2013, secondo il quale, “per pubblicazione si intende la pubblicazione, in conformità alle specifiche e alle regole tecniche di cui all'allegato A, nei siti istituzionali delle pubbliche amministrazioni dei documenti, delle informazioni e dei dati concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni, cui corrisponde il diritto di chiunque di accedere ai siti direttamente ed immediatamente, senza autenticazione ed identificazione”.

Pertanto, tutti i cittadini possono accedere alle informazioni pubblicate sui siti istituzionali e per le quali vi è l'obbligo da parte delle stesse P.A. di renderle disponibili e quindi “aperte” e riutilizzabili, come definito dall'art. 7 del medesimo Codice.

Tuttavia, rimane aperta la questione in merito alla differente tipologia di pubblicazione degli atti tra i contatti pubblici sotto soglia e i contratti pubblici sopra soglia.

Ciò poiché i documenti contenenti atti oggetto di pubblicazione obbligatoria, ai sensi della normativa vigente, sono pubblicati tempestivamente sul sito istituzionale dell'Amministrazione. In tal senso, si inserisce l'art. 29 del Codice dei Contratti pubblici, secondo il quale: “Tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione di lavori, opere, servizi e forniture, nonché alle procedure per l'affidamento di appalti pubblici di

servizi, forniture, lavori e opere, di concorsi pubblici di progettazione, di concorsi di idee e di concessioni, compresi quelli tra enti nell'ambito del settore pubblico di cui all'articolo 5, alla composizione della commissione giudicatrice e ai curricula dei suoi componenti, ove non considerati riservati ai sensi dell'articolo 53 ovvero secretati ai sensi dell'articolo 162, devono essere pubblicati e aggiornati sul profilo del committente, nella sezione "Amministrazione trasparente" con l'applicazione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33. Nella stessa sezione sono pubblicati anche i resoconti della gestione finanziaria dei contratti al termine della loro esecuzione con le modalità previste dal decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33. Gli atti di cui al presente comma recano, prima dell'intestazione o in calce, la data di pubblicazione sul profilo del committente. Fatti salvi gli atti a cui si applica l'articolo 73, comma 5, i termini cui sono collegati gli effetti giuridici della pubblicazione decorrono dalla pubblicazione sul profilo del committente".

Attraverso una lettura congiunta del sopra citato art. 29 con l'art. 2 del Decreto Semplificazioni si comprende pertanto che gli atti relativi ai contratti pubblici sopra soglia sono soggetti alla disciplina di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33; al contrario, per gli atti riferiti all'aggiudicazione dei contratti pubblici sotto soglia le stazioni appaltanti devono dare evidenza dell'avvio delle procedure negoziate di cui alla lettera b) dell'art. 1, comma 2 del medesimo decreto Semplificazioni, tramite pubblicazione di un avviso nei rispettivi siti internet istituzionali, senza fare alcun riferimento alla sezione «Amministrazione trasparente».

Di conseguenza, appare pacifico considerare gli obblighi di pubblicazione concernenti i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, ex art. 37 del D.Lgs. n. 33/2013, di immediata applicazione per gli atti previsti dall'art. 2, comma 6 del Decreto Semplificazioni, permettendo pertanto una piena accessibilità delle informazioni pubblicate nella home page dei siti istituzionali e collocata nella apposita sezione denominata «Amministrazione trasparente», in ottemperanza dell'art. 9 del citato Decreto Trasparenza.

Occorre comprendere come permettere l'accessibilità degli atti riferiti ai contratti pubblici sotto soglia, per i quali l'obbligo ex art. 37 del D.Lgs. n. 33/2013 non sussisterebbe, a seguito dell'entrata in vigore del Decreto Semplificazioni, se non riferito alla evidenza dell'avvio delle procedure negoziate e dell'indicazione dei soggetti invitati (oltre a prevedere i risultati della procedura di affidamento), solo all'interno dei rispettivi siti internet istituzionali, senza alcun adempimento con particolare riferimento alla sezione «Amministrazione trasparente».

In merito, risulta utile richiamare l'art. 5 del D.Lgs. n. 33/2013 che, al secondo comma, definisce l'accesso civico generalizzato, da distinguere rispetto all'accesso civico di cui al comma uno del medesimo articolo, prevedendo che "Allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico, chiunque ha diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione ai sensi del presente decreto, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti secondo quanto previsto dall'articolo 5-bis".

Sul tema, come anche espresso dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 10 del 02 aprile 2020: "l'accesso civico generalizzato introdotto nel corpus normativo del d.

lgs. n. 33 del 2013 dal d. lgs. n. 97 del 2016, in attuazione della delega contenuta nell'art. 7 della l. n. 124 del 2015, come diritto di "chiunque", non sottoposto ad alcun limite quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente e senza alcun onere di motivazione circa l'interesse alla conoscenza, viene riconosciuto e tutelato «allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico» (art. 5, comma 2, del d. lgs. n. 33 del 2013)". Tale precisazione dell'Adunanza plenaria pone risalto anche ai basilari principi generali di trasparenza esposti dal medesimo D.Lgs. n. 33, laddove viene precisato che essa deve essere intesa come accessibilità totale dei dati e documenti detenuti dalla pubblica amministrazione, quale espressione di un diritto fondamentale, come precisato dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 20 del 21 febbraio 2019, utile al fine di soddisfare tutti i diritti fondamentali riconosciuti dall'ordinamento giuridico.

In proposito, l'Adunanza plenaria ha ricordato che "La natura fondamentale del diritto di accesso civico generalizzato, oltre che essere evincibile dagli artt. 1, 2, 97 e 117 Cost e riconosciuta dall'art. 42 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea per gli atti delle istituzioni europee, deve però collocarsi anche in una prospettiva convenzionale europea, laddove essa rinviene un sicuro fondamento nell'art. 10 CEDU, come hanno rilevato le citate Linee guida dell'ANAC, nel par. 2.1, e le Circolari FOIA n. 2/2017 (par. 2.1) e n. 1/2019".

Alla luce di quanto sopra, per tutti gli atti riferiti ai contratti sotto soglia, per i quali le stazioni appaltanti danno evidenza nei rispettivi siti internet istituzionali, la trasparenza, intesa quale "controllo diffuso" da parte della collettività, può evidenziarsi attraverso una apposita richiesta da parte dei cittadini intenzionati a conoscere diffusamente, ulteriori dati e documenti rispetto a quelli oggetto di pubblicazione, ricevendone l'ostensione.

Pertanto, il cittadino potrà presentare istanza di accesso civico generalizzato sulla ulteriore documentazione riferita alla procedura negoziata, fermo restando che, come precisato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, "la disciplina dell'accesso civico generalizzato, fermi i divieti temporanei e/o assoluti di cui all'art. 53 del d. lgs. n. 50 del 2016, è applicabile anche agli atti delle procedure di gara e, in particolare, all'esecuzione dei contratti pubblici, non ostandovi in senso assoluto l'eccezione del comma 3 dell'art. 5-bis del d. lgs. n. 33 del 2013 in combinato disposto con l'art. 53 e con le previsioni della l. n. 241 del 1990, che non esenta in toto la materia dall'accesso civico generalizzato, ma resta ferma la verifica della compatibilità dell'accesso con le eccezioni relative di cui all'art. 5-bis, comma 1 e 2, a tutela degli interessi-limite, pubblici e privati, previsti da tale disposizione, nel bilanciamento tra il valore della trasparenza e quello della riservatezza".