



Autorità Nazionale Anticorruzione

Atto di segnalazione n. 2 del 26 febbraio 2020

Concernente l'articolo 93, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e s.m.i. e gli articoli 36, comma 2, lettera a) e 98 del medesimo decreto.

Approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 178 del 26 febbraio 2020

Premessa

L'Autorità Nazionale Anticorruzione (di seguito, ANAC), ai sensi dell'art. 213, co. 3, lettere c) e d), del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (nel seguito "Codice"), ha il potere di segnalare al Governo e al Parlamento, con apposito atto, fenomeni particolarmente gravi di inosservanza o di applicazione distorta della normativa di settore nonché di formulare al Governo proposte in ordine a modifiche occorrenti in relazione alla normativa vigente di settore.

Considerate le competenze riconosciute all'Autorità, si intendono di seguito formulare osservazioni in merito alla disposizione di cui all'art. 93, comma 1, del Codice e agli articoli 36, comma 2, lettera a) e 98 del Codice medesimo.

Articolo 93, comma 1, del Codice

L'articolo 93, comma 1, del Codice prevede, al primo comma, che le offerte dei concorrenti debbano essere corredate da una garanzia fideiussoria (detta anche provvisoria), nella misura del 2% del prezzo a base di gara e che detta garanzia possa essere prestata, a scelta dell'offerente, sotto forma di cauzione o di fideiussione.

La garanzia «copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario o all'adozione di informazione antimafia interdittiva emessa ai sensi degli articoli 84 e 91 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n.159». La cauzione provvisoria, quindi, ha natura patrimoniale e assolve alla precipua funzione di assicurare la serietà e l'attendibilità dell'offerta nei casi in cui l'aggiudicatario non sottoscriva il contratto d'appalto o qualora il concorrente sia escluso dalla gara a causa del mancato possesso dei requisiti di ammissione. Detta garanzia assolve, infatti, sia una funzione indennitaria, in quanto garantisce alla stazione appaltante il risarcimento dei danni cagionati dall'eventuale rifiuto-impedimento dell'impresa aggiudicataria di stipulare il contratto, sia una funzione sanzionatoria, in caso di inadempimenti procedurali compiuti dal concorrente.

L'ultimo periodo del primo comma dell'articolo 93 del Codice riconosce alla stazione appaltante la facoltà di non richiedere la cauzione provvisoria nei casi di cui all'articolo 36, comma 2, lettera a) del Codice, ovvero nelle ipotesi di affidamenti diretti di importo inferiore ad € 40.000. La *ratio* di tale previsione potrebbe essere ricercata nella considerazione che l'affidamento diretto consente la scelta del contraente e, quindi, dovrebbe condurre alla selezione di operatori economici di cui già si conoscono le caratteristiche di serietà ed attendibilità. In questi casi, quindi, la stazione appaltante potrebbe ritenere superflua la richiesta di una garanzia volta proprio ad assicurare che l'offerta sia seria ed attendibile, determinandosi per la rinuncia alla stessa.

Trattandosi di una disposizione derogatoria, la stessa non può essere applicata a fattispecie analoghe, quali, ad esempio, le procedure aperte bandite da soggetti aggregatori, comprendenti lotti di importi minimali. Per tali procedure, quindi, la stazione appaltante è obbligata a richiedere la cauzione provvisoria, sebbene la richiesta potrebbe rivelarsi sproporzionata rispetto al beneficio atteso. L'entità della cauzione, anche in forza delle possibili riduzioni previste dalla norma, potrebbe infatti ammontare a poche decine di euro.

Per quanto esposto, si segnala l'opportunità di estendere la deroga prevista dall'articolo 93, primo comma, ultimo periodo, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 a tutti gli affidamenti di importo inferiore ad

una determinata soglia, indipendentemente dalla tipologia di procedura di selezione utilizzata.

Si evidenzia che detto limite potrebbe essere individuato anche in misura inferiore rispetto a quello in vigore per gli affidamenti diretti, considerato che soltanto in questi ultimi casi la stazione appaltante può scegliere direttamente un esecutore che sia ritenuto attendibile e affidabile, mettendosi al riparo dai rischi coperti dalla garanzia provvisoria. In tal modo, sarebbe comunque assicurato un trattamento differenziato per le due ipotesi (affidamenti diretti, da un lato, e affidamenti che prevedono un confronto competitivo, dall'altro), giustificato dal diverso grado di rischio cui è esposta la stazione appaltante.

Articoli 98 e 36, comma 1, lettera a) del Codice. Articolo del decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti del 2/12/2016.

L'articolo 98 del codice dei contratti pubblici stabilisce che le stazioni appaltanti che hanno aggiudicato un contratto pubblico o concluso un accordo quadro inviano un avviso di pubblicazione con le modalità di cui all'articolo 72, relativo ai risultati della procedura di aggiudicazione, entro trenta giorni dalla conclusione del contratto. L'avviso ha il contenuto previsto dall'allegato XIV del codice dei contratti pubblici.

Il decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti del 2 dicembre 2016, recante «Definizione degli indirizzi generali di pubblicazione degli avvisi e dei bandi di gara, di cui agli articoli 70, 71 e 98 del d.lgs. n. 50 del 2016», all'articolo 4, comma 1, lettera c) stabilisce che gli avvisi di post-informazione di lavori sotto soglia comunitaria di importo inferiore a 500.000 euro sono pubblicati sull'albo pretorio del Comune dove si eseguono i lavori entro trenta giorni dal decreto di aggiudicazione.

L'articolo 5, comma 3, del medesimo decreto demanda a un successivo decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentite l'ANAC e la Conferenza unificata, la definizione delle modalità di pubblicazione degli avvisi e dei bandi di gara relativi agli appalti di lavori di importo inferiore a euro 500.000 e di servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'art. 35, comma 1, lettere b), c) e d), e comma 2 lettere b) e c), del codice, precisando che fino a tale data continuano ad applicarsi le disposizioni di cui all'art. 36, comma 9 del codice.

L'articolo 36 del codice dei contratti pubblici, con riferimento alle procedure di cui al comma 2, lettere b) e c), precisa che l'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'informazione aggiuntiva in merito all'indicazione dei soggetti invitati. A normativa vigente, quindi, per tutti gli affidamenti di lavori di importo inferiore a 500.000 euro e di servizi e forniture di importo inferiore alle soglie comunitarie, è richiesta la pubblicazione dell'avviso di post-informazione. Il decreto ministeriale citato, infatti, ha confermato la sussistenza dell'obbligo per tali affidamenti, introducendo soltanto una modalità semplificata di adempimento.

Si ritiene, tuttavia, che nel caso degli affidamenti diretti, la pubblicazione dell'avviso di post-informazione potrebbe rivelarsi un inutile appesantimento. Le informazioni che sarebbero contenute in tale documento coinciderebbero, infatti, con quelle già presenti nella determina a contrarre di cui all'articolo 32, comma 2, del codice dei contratti pubblici. Ed invero, tale disposizione, con riferimento alle procedure di cui all'articolo 36, comma 2, lettere a) e b), prevede che la stazione appaltante possa procedere ad affidamento diretto tramite determina a contrarre o atto equivalente che contenga, in modo semplificato, l'oggetto dell'affidamento, l'importo, il fornitore, le ragioni della scelta del fornitore, il possesso da parte sua dei

requisiti di carattere generale, nonché il possesso dei requisiti tecnico-professionali ove richiesti. Inoltre, ulteriori informazioni sono rinvenibili in altri dati e informazioni riferiti alla procedura e soggetti a pubblicazione sul profilo del committente in forza della normativa vigente, come individuati nelle delibere dell’Autorità n. 39 del 20 gennaio 2016 e n. 1310 del 28 dicembre 2016 (es. data di effettivo inizio lavori, servizi o forniture e data di ultimazione lavori, servizi o forniture). Pertanto, per tale particolare tipologia di affidamenti, la pubblicazione dell’avviso di aggiudicazione non avrebbe un apprezzabile valore informativo aggiunto rispetto alla pubblicazione della determina a contrarre e degli altri dati e informazioni riferiti alla procedura.

In considerazione di tutto quanto sopra esposto con riferimento alle disposizioni suindicate

l’Autorità Segnala

1. l’opportunità di estendere la deroga prevista dall’articolo 93, primo comma, ultimo periodo, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 a tutti gli affidamenti di importo inferiore a una determinata soglia, indipendentemente dalla tipologia di procedura di selezione utilizzata;
2. l’opportunità di modificare l’articolo 36, comma 2, lettera a) del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, prevedendo che per gli affidamenti diretti di importo inferiore a 40.000 euro, fermi restando gli altri obblighi di pubblicazione previsti dalla normativa vigente, non sia obbligatoria la pubblicazione dell’avviso sui risultati della procedura di affidamento previsto dall’articolo 98 del Codice.

Approvato dal Consiglio nella seduta del 26 febbraio 2020

Il Presidente f.f.
Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio il 3 marzo 2020
Il Segretario, *Maria Esposito*