



DELIBERA N. 1018

Del 25 novembre 2020.

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dall'Ing. Massimo Perrotta – Lavori di sistemazione idrogeologica e bonifica ambientale – località Varone. Affidamento incarico per progettazione definitiva, esecutiva, direttore dei lavori e coordinatore della sicurezza in fase di progettazione ed esecuzione – Importo a base di gara: euro 144.357,75 – S.A.: Comune di Contursi Terme

PREC 222/2020/L

Riferimenti normativi

Articolo 36 d.lgs. 50/2016

Parole chiave

Determina a contrarre; affidamento diretto

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 25 novembre 2020

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. n. 78654 del 22 ottobre 2020 con cui l'Ing. Massimo Perrotta ha contestato l'affidamento diretto dei servizi in oggetto disposto dal Comune di Contursi Terme in favore dell'Arch. Daniela Picciuolo e dell'Ing. Rosario Capuano;



VISTO che, secondo l'istante, l'affidamento sarebbe illegittimo in quanto, per un verso, non risulta preceduto dalla determina a contrarre di cui all'art. 32, comma 2, del d.lgs. 50/2016 e, dall'altro, alla data del 15 settembre 2020, quando è stato apposto il visto di regolarità contabile e disposta la pubblicazione all'Albo Pretorio della determinazione dirigenziale n. 194 del 10 settembre 2020, era già entrata in vigore la legge 120/2020 di conversione del d.l. 76/2020 che ha ridotto la soglia per il ricorso all'affidamento diretto dagli originali 150.000,00 euro a 75.000,00 euro, rendendo di conseguenza inammissibile l'affidamento diretto del servizio *de quo* di importo pari a 127.000,00 euro; peraltro, la mancata conversione della disposizione originaria e l'emendamento modificativo apportato avrebbero determinato la perdita di efficacia *ex tunc* della disposizione abrogata, né la legge di conversione avrebbe fatto salvi gli effetti dei rapporti giuridici sorti sulla base del decreto non convertito;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. 82367 del 3 novembre 2020;

VISTA la memoria della Stazione appaltante acquisita al prot. n. 83296 del 5 novembre 2020;

CONSIDERATO, in merito al primo quesito, che l'art. 32, comma 2, del d.lgs. 50/2016 stabilisce che "*Nella procedura di cui all'articolo 36, comma 2, lettere a) e b), la stazione appaltante può 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*";

RILEVATO che la contestata determina n. 194 del 10 settembre 2020 contiene gli elementi previsti dall'art. 32, comma 2, del Codice e, dettagliatamente, l'oggetto dell'affidamento, l'importo del contratto - stimato secondo i parametri del D.M. Ministero della Giustizia 17 giugno 2016 -, il preventivo pervenuto e la congruità della spesa, il riscontro positivo del possesso dei requisiti speciali richiesti per l'espletamento dell'incarico da parte degli affidatari e loro dichiarazione circa il possesso dei requisiti di ordine generale;

RITENUTO, pertanto, che, nel caso di specie, la Stazione appaltante, in applicazione dell'art. 32, comma 2, del d.lgs. 50/2016, ha correttamente proceduto all'affidamento diretto dei servizi mediante la stessa determina a contrarre;

CONSIDERATO, con riferimento al secondo quesito, che l'art. 1, comma 2, lett. a) del d.l. 16 luglio 2020 n. 76, nella versione vigente prima delle modifiche apportate dalla legge di conversione, prevedeva che "le stazioni appaltanti procedono all'affidamento...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 secondo le seguenti modalità: a) affidamento diretto per lavori, servizi e forniture di importo inferiore a 150.000 euro e, comunque, per servizi e forniture nei limiti delle soglie di cui al citato articolo 35";

VISTA la legge 11 settembre 2020, n. 120 (pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 14/09/2020) che ha ridotto a 75.000,00 euro la soglia entro la quale è possibile ricorrere all'affidamento diretto di lavori, servizi e forniture;

RILEVATO che la contestata determina di affidamento diretto per l'importo di euro 127.771,05 è stata adottata dal Responsabile del Settore tecnico in data 10 settembre 2020, dunque nella vigenza del d.l. 76/2020, ed è divenuta esecutiva mediante l'apposizione del visto di regolarità contabile ed efficace con la pubblicazione all'Albo Pretorio in data 15 settembre 2020, ovvero il giorno successivo alla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale della legge 120/2020;



RILEVATO che la giurisprudenza ha avuto modo di osservare come il principio "*tempus regit actum*", applicato nel campo dei procedimenti amministrativi, comporta che ciascun atto della serie procedimentale deve uniformarsi alla normativa vigente al momento in cui lo stesso viene in essere e il procedimento, o una sua fase, si sia concluso. Si deve intendere per "procedimento concluso" quello per il quale sia stata esaurita la fase di decisione (fase costitutiva), anche se non si è ancora completata quella dell'integrazione dell'efficacia. Ogni atto della serie procedimentale è regolato dalla disciplina vigente al momento della sua adozione, sicché la nuova disciplina regolerà gli atti ancora da adottare (T.A.R. Firenze, 19 marzo 2020, n. 351; T.A.R. Campania - Napoli VII, 25 gennaio 2013 n. 608; T.A.R. Lombardia Milano III, 26 maggio 2009 n. 3839);

RITENUTO, pertanto, di dover stabilire, ai fini della correttezza delle decisioni assunte, se il procedimento di affidamento diretto poteva dirsi concluso, nel senso precisato dal citato orientamento giurisprudenziale, alla data di adozione della Determinazione del settore tecnico n. 194 del 10 settembre 2020 ovvero se la fase decisoria si sia esaurita solo il 15 settembre 2020, con l'apposizione del visto di regolarità contabile e la pubblicazione della determinazione dirigenziale all'Albo Pretorio dell'Ente;

CONSIDERATO, quanto agli effetti della pubblicazione, che secondo l'indirizzo giurisprudenziale - richiamato anche dalla Stazione appaltante nelle memorie procedurali -, mentre gli atti degli organi di governo (consiglio e giunta comunali) sono subordinati ai tempi della loro pubblicazione, dato l'interesse collettivo che rivestono, le determinazioni dirigenziali (costituendo provvedimenti volti a realizzare gli interessi specifici affidati alle cure dell'amministrazione e consistenti in decisioni destinate a generare, modificare distinguere situazioni giuridiche specifiche o quanto meno a negarne la nascita, la modificazione o l'estinzione) devono anch'esse essere pubblicate per soddisfare le esigenze di trasparenza dell'attività amministrativa, ma non vi è alcuna regola legislativa che ne comporti l'inefficacia in pendenza di pubblicazione; ne consegue che la mancata pubblicazione della determina dirigenziale non incide sulla sua venuta ad esistenza ma esclusivamente sull'efficacia (Cons. Stato sent. 2195/2017 e giurisprudenza ivi citata);

CONSIDERATO, quanto al visto di regolarità contabile, attestante la copertura finanziaria ed espresso dal responsabile del servizio finanziario su ogni determinazione dei responsabili dei servizi che comporti impegno di spesa (cfr. art. 183, comma 7, d.lgs. 207/2000), che la giurisprudenza ha avuto modo di osservare come la sua apposizione, attenendo alla sola fase di esecuzione della spesa, determina l'esecutività dei provvedimenti dei responsabili dei servizi senza estendersi alla verifica della legittimità del provvedimento, al contrario del parere di regolarità contabile, reso in base all'articolo 49 del Tuel, che investe la legittimità delle deliberazioni (Corte deis Conti Puglia, sent. n. 677/2019); ne consegue che, sebbene il visto di regolarità contabile risulti necessario affinché il procedimento di spesa possa dirsi correttamente concluso e l'obbligazione giuridica perfezionata in capo all'ente, la sua apposizione incide solo sull'esecutività della Determinazione dirigenziale, la cui fase decisoria e costitutiva deve ritenersi già conclusa con la sua emanazione da parte del settore tecnico;

CONSIDERATO, inoltre, che ai sensi dell'art 1, comma 1 del d.l. 76/2020, le procedure ivi previste si applicano "*qualora la determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento equivalente sia adottato entro il 31 luglio 2021*": la norma, nella sua formulazione letterale, individua come momento rilevante ai fini dell'applicazione della disciplina derogatoria al Codice dei Contratti la data di adozione della determina a contrarre; peraltro, la disposizione è stata confermata in sede di conversione del decreto legge, con contestuale estensione al 31 dicembre 2021 del periodo di validità;



RITENUTO, pertanto, che, in applicazione del citato orientamento giurisprudenziale e tenuto conto della formulazione letterale dell'art. 1 del d.l. 76/2020, al fine di stabilire quale normativa debba essere applicata al caso di specie, occorre tenere presente la data di adozione della determinazione dirigenziale n. 194, in quanto sia il visto di regolarità contabile sia la pubblicazione all'Albo Pretorio rilevano quali elementi integrativi dell'efficacia; ne deriva la conformità della determinazione dirigenziale n. 194 del 10 settembre 2020 alla normativa di settore *ratione temporis* applicabile – ovvero quella recata dal decreto legge 76/2020, prima della conversione in legge - che, come visto, consentiva l'affidamento diretto di servizi di ingegneria e architettura entro la soglia dei 150.000,00 euro;

CONSIDERATO, quanto all'ultima questione sollevata, che occorre operare un distinguo tra decreti legge non convertiti e decreti convertiti con modifiche: quanto ai primi, la mancata conversione entro il termine perentorio di 60 giorni dalla loro presentazione alle Camere ne determina la perdita di efficacia *ex tunc*; nel secondo caso, invece, solo gli emendamenti modificativi apportati in sede di conversione, ai sensi dell'art. 15 della legge 400/1988, entrano in vigore il giorno successivo alla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale della legge di conversione, con la conseguenza che per il periodo precedente continuano a trovare applicazione le disposizioni del decreto legge originario (Cons. Stato, sent. n. 4392/2017 e giurisprudenza ivi citata);

RILEVATO che, nel caso di specie, il decreto legge 76/2020 è stato convertito, con modifiche, nella L. 120/2020, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 14 settembre 2020;

RITENUTO, pertanto, che solo gli emendamenti modificativi introdotti in sede di conversione del decreto sono entrati in vigore il 15 settembre 2020, mentre, con riferimento ai provvedimenti e ai rapporti giuridici sorti nel periodo pregresso, trovano applicazione le originarie disposizioni del decreto legge;

Il Consiglio

Ritiene, nei limiti delle motivazioni che precedono, conforme alla normativa di settore *ratione temporis* applicabile l'affidamento diretto dei servizi in oggetto.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 2 dicembre 2020

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente