



.....OMISSIS.....

## Oggetto

Art. 1, comma 2, lett. a) d.l. 76/2020 – Richiesta parere.

### **FUNZ CONS 44/2022**

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 15 maggio 2022, acquisita al prot. Aut. n. 36272, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, come modificato con delibera n. 654 del 22 settembre 2021 si comunica che il Consiglio dell’Autorità, nell’adunanza del 5 ottobre 2022, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente si rappresenta che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d’appalto o di concessione, fatto salvo l’esercizio dell’attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del Regolamento approvato con delibera n. 160/2022.

Quale indirizzo di carattere generale sulla questione sollevata nella richiesta di parere, relativa alle disposizioni dell’art. 1, comma 2, lett. a) del d.l. 76/2020, conv. in l.n. 120/2020 ed al rapporto intercorrente tra tale fonte normativa e le previsioni del d.m. 192/2017, si richiama preliminarmente l’art. 1, comma 7, del d.lgs. 50/2016 ai sensi del quale «Il Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale adotta, previa accordo con l’ANAC, direttive generali per disciplinare le procedure di scelta del contraente e l’esecuzione del contratto da svolgersi all’estero, tenuto conto dei principi fondamentali del presente codice e delle procedure applicate dall’Unione europea e dalle organizzazioni internazionali di cui l’Italia è parte. Resta ferma l’applicazione del presente codice alle procedure di affidamento svolte in Italia. Fino all’adozione delle direttive generali di cui al presente comma, si applica l’articolo 216, comma 26».

In attuazione della disposizione normativa sopra richiamata, è stato adottato il d.m. 192/2017 (*Regolamento recante le direttive generali per disciplinare le procedure di scelta del contraente e l’esecuzione del contratto da svolgersi all’estero, ai sensi dell’articolo 1, comma 7, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*), il quale «definisce la disciplina delle procedure per l’affidamento e la gestione dei contratti da eseguire all’estero tenuto conto dei principi fondamentali del codice di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e delle procedure applicate dall’Unione europea e dalle organizzazioni internazionali di cui l’Italia è parte» (art. 1, comma 1). L’art. 2 del d.m. stabilisce (tra l’altro) che «1. Alle procedure di scelta del contraente e all’esecuzione dei contratti si applicano le direttive europee, fatto salvo quanto previsto dal presente regolamento. 2. Le

procedure di scelta del contraente e l'esecuzione dei contratti tengono conto dei principi fondamentali del codice, in particolare garantendo il rispetto dei principi di cui all'articolo 30, commi 1, 2 e 7, del codice».

L'art. 1, comma 7, del d.lgs. 50/2016, unitamente al d.m. citato, costituisce, quindi, fonte speciale per gli affidamenti dei contratti pubblici da eseguire all'estero, i quali – come indicato nell'art. 2 del d.m. – sono regolati dalle direttive e dalle previsioni del d.m. medesimo, pur nel rispetto dei principi fondamentali del Codice.

Come osservato dall'Autorità «Con l'art. 1, comma 7, del Codice il legislatore ha inteso ritagliare per le procedure di scelta del contraente e l'esecuzione del contratto da svolgersi all'estero una disciplina *ad hoc* che tenga conto del contesto internazionale in cui si svolgono» (delibera n. 320 del 6.7.2022, parere prec 82/2022/L).

Con specifico riferimento alle procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di valore inferiore alle soglie comunitarie, l'art. 7 del d.m. citato stabilisce (tra l'altro) che «La sede estera può utilizzare le seguenti procedure semplificate: a) affidamento diretto per contratti di importo inferiore a 40.000 euro, anche senza previa consultazione di due o più operatori economici; b) procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando per contratti di forniture o di servizi di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore alle soglie previste dalle direttive europee; c) procedura negoziata senza previa pubblicazione per contratti di lavori di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a un milione di euro». L'affidamento diretto è quindi previsto per i soli contratti di valore inferiore a 40.000 euro.

Trattandosi di disposizioni speciali, nel senso sopra indicato, con riguardo all'oggetto dell'istanza di parere, si ritiene non applicabile agli appalti da eseguire all'estero, la disciplina dettata dall'art. 1, comma 2, lett. a) del d.l. 76/2020 conv. in l.n. 120/2020, contemplante (tra l'altro) la possibilità di procedere ad 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 139.000 euro».

Ciò in quanto le procedure di affidamento indicate ai commi 2, 3, 4 dell'art. 1 del d.l. 76/2020, operano «in deroga agli articoli 36, comma 2, e 157, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50...qualora la determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento equivalente sia adottato entro il 30 giugno 2023».

Gli articoli 36, comma 2 e 157, comma 2, del Codice, espressamente derogati dalla disposizione emergenziale in esame, non sono applicabili agli appalti da eseguire all'estero, soggetti – come sopra indicato – alla speciale disciplina dettata dall'art. 1, comma 7 del d.lgs. 50/2016. Inoltre, l'art.1 del 76/2020, conv. in l. 120/2020, contemplando una disciplina derogatoria alle predette disposizioni del Codice, deve ritenersi di stretta interpretazione, non applicabile quindi oltre i casi espressamente previsti.

Pertanto, in assenza di una esplicita previsione di estensione dell'ambito di applicazione della norma *de qua*, alle procedure di cui all'art. 1, comma 7, del d.lgs. n. 50/2016, si ritiene che l'applicazione della norma in via analogica o estensiva, sia incompatibile con il suo carattere di norma eccezionale.

A tale conclusione si perviene anche sulla base dell'avviso già espresso dall'Autorità in ordine alle speciali previsioni dell'art. 29 del d.l. 4/2022, conv. in l.n. 25/2022, che hanno sancito (tra l'altro) l'inserimento obbligatorio nei bandi di gara di clausole di revisione dei prezzi previste dall'articolo 106, comma 1, lettera a), primo periodo, del d.lgs. 50/2016.

A tal riguardo sulla base della disciplina dettata dall'art. 1, comma 7 del Codice e dal d.m. 192/2017, è stato osservato che l'esclusione della gara dall'ambito di applicazione del d.lgs. n.

50/2016 incide «sull'applicabilità alla medesima del d.l. n. 4/2022. Con l'art. 1, comma 7, del Codice il legislatore ha inteso ritagliare per le procedure di scelta del contraente e l'esecuzione del contratto da svolgersi all'estero una disciplina ad hoc che tenga conto del contesto internazionale in cui si svolgono. Di contro, con l'art. 29 del d.l. n. 4/2022, il legislatore emergenziale ha introdotto una deroga temporanea alla disciplina nazionale (art. 106 d.lgs. n. 50/2016) - sia sotto il profilo dell'obbligo (in luogo della facoltà) di inserimento della clausola di revisione dei prezzi che della misura della variazione di prezzo rilevante, che dal 10% scende al 5% - e ha dettato disposizioni riguardanti il sistema di rilevazione dei prezzi basato sui prezzi regionali. La formulazione dell'art. 29 come norma incidente sull'art. 106 del d.lgs. n. 50/2016 e, più in generale, sul sistema della revisione prezzi delineato dal Codice, sembra presupporre, e al contempo implicare, che la sua applicabilità sia circoscritta alle gare d'appalto che rientrano nell'ambito di applicazione del d.lgs. n. 50/2016. Peraltro, in assenza di una esplicita previsione di estensione dell'ambito di applicazione della norma alle procedure di cui all'art. 1, comma 7, del d.lgs. n. 50/2016, si ritiene che l'applicazione della disposizione in via analogica sia incompatibile con il suo carattere di norma eccezionale» (del. n. 320/2022 cit.).

Anche sulla base dell'avviso già espresso dall'Autorità sulle disposizioni emergenziali sopra richiamate, può affermarsi l'inapplicabilità della disciplina dettata dall'art. 1, comma 2, lett. a) del d.l. 76/2020, agli appalti da eseguirsi all'estero, secondo quanto richiesto nell'istanza di parere.

Tuttavia, si evidenzia al riguardo che l'Autorità valuterà l'opportunità di segnalare al Ministero per gli Affari Esteri possibili integrazioni o modifiche al d.m. 192/2017, al fine di procedere ad un allineamento degli affidamenti all'estero alle norme di semplificazione dettate per l'Italia.

Tali considerazioni rivestono carattere assorbente rispetto al secondo quesito, mentre in relazione al terzo ed ultimo quesito, formulato in maniera non chiara, si osserva che ai sensi dell'art. 32, comma 2, d.lgs. 50/2016, «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».

Pertanto, 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'indicazione degli elementi fissati dalla norma sopra richiamata.

Quanto all'eventuale decisione dell'Amministrazione di costituire o partecipare ad una società pubblica, nella forma dell'*in house*, ai fini dell'affidamento diretto di servizi pubblici, si evidenzia che esula dalla sfera di competenze dell'Autorità il rilascio di pareri preventivi sull'adozione di simili provvedimenti, essendo gli stessi rimessi, oltre che a valutazioni discrezionali dell'amministrazione aggiudicatrice e alla diretta responsabilità della stessa, all'attenzione degli organi specificamente indicati nel d.lgs. 175/2016.

L'Autorità, come noto, ai sensi dell'art. 192 del d.lgs. 50/2016 detiene l'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house* di cui all'articolo 5 e, ai sensi dell'art. 213 del Codice, vigila sull'affidamento dei contratti pubblici, anche in favore di società strumentali delle stazioni appaltanti, al fine di verificarne la conformità alle disposizioni del Codice.

Non rientra, invece, nelle competenze dell'Autorità il rilascio di autorizzazioni o di pareri preventivi, in relazione alla partecipazione o alla costituzione di società pubbliche da parte di singole amministrazioni.

Sulla base delle considerazioni che precedono, si rimette, pertanto, all'amministrazione richiedente ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato.

*Avv. Giuseppe Busia*

Atto firmato digitalmente l'11 ottobre 2022