

Avv. Francesca Petullà

I Contratti Pubblici nell'attuale contesto della normativa emergenziale sul COVID

Il Decreto Legge n. 18/2020 (c.d. «Cura Italia»)

- Decreto legge 17 marzo 2020, n. 18 avente ad oggetto «*Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*».
- Pubblicazione ed entrata in vigore: 17 marzo 2020
- Conversione in legge: entro 60 giorni.
- Nel contesto delle norme emergenziali, il DL Cura Italia introduce anche disposizioni relative al settore dei contratti pubblici o che impattano sulle procedure di affidamento e/o sulla esecuzione dei contratti.

La Sospensione dei Procedimenti Amministrativi

Art. 103 del DL Cura Italia

- Sospensione dei termini relativi allo svolgimento di procedimenti amministrativi (su istanza di parte o d'ufficio) pendenti alla data del 23 febbraio 2020 o iniziati successivamente a tale data.
- Ambito della sospensione:
 - tutti i procedimenti eccezione delle ipotesi derogatorie elencate dall'art. 103 comma 4 (relative a specifici procedimenti)
 - termini ordinatori o perentori; prodedeutici; endoprocedimentali ed esecutivi
- Periodo di sospensione da non considerare nel computo dei termini: 23 febbraio 2020 – 15 aprile 2020
- Obbligo delle amministrazioni di adottare misure organizzative idonee ad assicurare comunque la ragionevole durata e la celere conclusione dei procedimenti, con priorità dei procedimenti urgenti anche sulla base di motivate istanze degli interessati

La Sospensione delle Procedure di Gara

- La norma non reca un espresso riferimento alle procedure di affidamento di contratti pubblici.
- Stante la portata generale della sospensione e la finalità della norma, anche le procedure di affidamento, in quanto procedimenti amministrativi, sono riconducibili all'ambito di operatività della sospensione.
- L'assenza di specifiche indicazioni sulle procedure di gara ha comunque generato un dibattito circa l'applicazione o meno della sospensione alle procedure di affidamento di contratti pubblici.
- Sulla questione è intervenuto il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti con Circolare 23 marzo 2020, che, nel fornire indicazioni ai propri dipartimenti e alle società che gestiscono reti nazionali di trasporto pubblico, ha confermato l'applicazione della sospensione alle procedure di affidamento, con talune puntualizzazioni.

La Sospensione delle Procedure di Gara La Circolare MIT

- La Circolare del MIT assolve alla finalità di assicurare una interpretazione ed applicazione uniforme della disciplina
- L'applicazione della sospensione:
 - deriva dalla riconducibilità delle procedure di affidamento ai procedimenti amministrativi;
 - è coerente con la finalità della norma: (i) necessità di assicurare la massima partecipazione dei soggetti interessati nonostante la situazione emergenziale in atto; (ii) necessità di evitare che la p.a. incorra in ritardi (o nel formarsi del silenzio significativo) nel periodo di riorganizzazioni dell'attività lavorativa in ragione dello stato emergenziale.

La Sospensione delle Procedure di Gara La Circolare MIT

- Una volta concluso il periodo di sospensione, i termini sospesi cominciano nuovamente a decorrere.
- Poiché la sospensione del termine è stata stabilita in favore del soggetto onerato di osservarlo, quest'ultimo può comunque validamente porre in essere l'attività prevista entro il termine originario ovvero in un termine inferiore rispetto a quello risultante dalla sospensione
- per lo svolgimento delle attività conseguenti resta comunque ferma la sospensione.

La Sospensione delle Procedure di Gara La Circolare MIT

- L'esigenza di tempi certi e celeri nelle procedure di gara richiede comunque di porre in essere, durante il periodo di sospensione, tutte le iniziative di carattere organizzativo ed amministrativo necessarie affinché possa pervenirsi, una volta cessato detto periodo, ad una rapida conclusione delle procedure in atto.
- In tale ottica, occorre anche valutare l'opportunità di rispettare, anche in pendenza della disposta sospensione e limitatamente alle attività di esclusiva pertinenza dell'amministrazione aggiudicatrice, i termini endoprocedimentali originariamente previsti, nei limiti di compatibilità con le norme e misure adottate nel contesto dell'emergenza, anche in ordine allo svolgimento della prestazione lavorativa nelle pubbliche amministrazioni

La Sospensione delle Procedure di Gara

- Questioni operative
 - Il profilo della automaticità della sospensione e l'opportunità di una espressa proroga del termine di presentazione delle offerte
 - La gestione delle sedute di gara
 - Gli effetti del protrarsi delle procedure sulla validità delle offerte

Acquisto di Beni e Servizi Informatici

- Art. 75 del DL Cura Italia (*«Acquisti per lo sviluppo di sistemi informativi per la diffusione del lavoro agile e di servizi in rete per l'accesso di cittadini e imprese»*)

Al fine agevolare la diffusione del lavoro agile, la diffusione di servizi in rete e l'accesso agli stessi da parte di cittadini e imprese, consente alle amministrazioni aggiudicatrici, in deroga ad ogni disposizione di legge (salvo quelle penali) e fatto salvo il rispetto delle disposizioni antimafia, di acquistare beni e servizi informatici, preferibilmente basati sul modello cloud SaaS (software as a service), nonché servizi di connettività, mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando ai sensi dell'art. 63, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016 (c.d. procedura negoziata d'urgenza).

Acquisto di Beni e Servizi Informatici

- Iter procedurale:
 - l'affidatario deve essere selezionato tra almeno quattro operatori economici, di cui almeno una «start-up innovativa» o una «piccola e media impresa innovativa»
 - occorre pertanto invitare almeno 4 operatori economici, di cui almeno uno abbia le suddette caratteristiche
 - Non vengono fissati vincoli espressi in relazione alle modalità della selezione dei soggetti invitati
- Semplificazione nella fase dei c.d. controlli sull'affidatario
- Condizioni di operatività: inerenza degli acquisiti con progetti coerenti con il Piano triennale per l'informatica per la p.a.

Gli acquisti degli enti locali nella Ordinanza Protezione Civile n. 65/2020

- Ordinanza Presidenza Consiglio dei Ministri - Dipartimento Protezione Civile 25/3/2020 n. 655 – «*Ulteriori interventi urgenti di protezione civile in relazione all'emergenza relativa al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili*»

Finalità:

- necessità ed urgenza di garantire ogni utile supporto operativo e logistico alle autorità sanitarie e di protezione civile al fine di porre in essere tutte le iniziative essenziali e necessarie per il contenimento e la gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19;
- Urgenza di dover procedere da parte degli enti locali relativi appalti di servizi e forniture in deroga ai tempi e alle modalità.

Gli acquisti degli enti locali nella Ordinanza Protezione Civile n. 65/2020

- Art. 4 (Disposizioni per gli Enti Locali)

«Gli Enti locali, al fine di dare piena ed immediata attuazione ai provvedimenti normativi e di protezione civile emanati in relazione all'emergenza epidemiologica da COVID-19 ed in genere per assicurare la gestione di ogni situazione connessa all'emergenza epidemiologica, possono procedere ad appalti di servizi e forniture in deroga ai tempi e alle modalità di pubblicazione dei bandi di gara di cui agli articoli 60, 61, 72, 73 e 74 del del Codice dei Contratti pubblici»

- Ambito di operatività: acquisti di beni e servizi finalizzati alla attuazione dei provvedimenti emergenziali o comunque volti alla gestione di situazioni connesse con l'emergenza

Gli acquisti degli enti locali nella Ordinanza Protezione Civile n. 65/2020

- La deroga è circoscritta ai tempi ed alle modalità di pubblicazione dei bandi di gara, in relazione alle seguenti procedure:
 - Procedura aperta (art. 60)
 - Procedura ristretta (art. 61)
- Le ulteriori disposizioni derogate riguardano la modalità e termini per la pubblicazione dei bandi:
 - Bandi di gara (art. 71)
 - Redazione e modalità di pubblicazione dei bandi e degli avvisi sulla GUUE (art. 72)
 - Pubblicità a livello nazionale (Art. 73)

Il DPCM 22 marzo 2020

- Ha introdotto misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 applicabili sull'intero territorio nazionale
- Tra le misure adottate c'è la sospensione dal 23 marzo al 3 aprile 2020 di tutte le attività produttive industriali e commerciali, ad eccezione di quelle indicate nell'Allegato 1 al Dpcm (Elenco di codici ATECO)
- Il decreto ha inoltre indicato alcune attività consentite (es. le attività che erogano servizi di pubblica utilità nonché servizi essenziali di cui alla legge n. 146/1990) e altre attività che, previa comunicazione al prefetto, restano consentite (es. attività funzionali ad assicurare la continuità delle filiere delle attività di cui all'allegato 1, nonché dei servizi di pubblica utilità e dei servizi essenziali)
- Resta altresì consentita ogni attività comunque funzionale a fronteggiare l'emergenza

L'intervento dell'UE

La comunicazione della Commissione Ue 2020/C108/01

Orientamenti sull'utilizzo del quadro in materia di appalti pubblici nella situazione di emergenza commessa alla crisi della Covid 19

→

Riduzione termini

Ricorso procedura negoziata



Problematiche relative alle procedure di affidamento:

1. step proroga o rinnovo dei contratti in essere

Necessità di prorogare/rinnovare l'appalto in corso, perché dobbiamo

- a) Assicurare la continuità del servizio o della fornitura in essere in attesa nuova aggiudicazione ;
- b) Gestire le fasi e gli adempimenti della procedura (sopralluogo che seppur organizzato adeguatamente per gli OE, preclude quelli delle zone rosse o simili provenienti da zone a contenimento rafforzato, caricamento linee di comunicazione anche telematiche, tempistica originariamente prevista, a causa di diversa distribuzione delle risorse umane ad altre attività connesse all'emergenza, a causa della priorità da assegnare ad altre procedure di affidamento connesse a forniture di beni/servizi relativi all'emergenza, ecc.);
- c) Assicurare il confronto concorrenziale, in quanto la capacità di alcuni OE o di alcune categorie di OE è ridotta
- d) Assicurare le Sedute della commissione di gara e giudicatrice
- e) Assicurare accesso agli atti
- f) Assicurare la stipulazione del contratto o avvio sotto le riserve di legge

1. step proroga o rinnovo dei contratti in essere o contratti ponte

casi risolvibili con semplice proroga o con rinnovo

la proroga del contratto (c.d. “proroga-ponte”) deve essere contenuta nei limiti dello strettamente necessario a portare a termine le procedure di aggiudicazione del nuovo contratto.

Qual è il limite massimo di una proroga?



Durata ?????

1. step proroga o rinnovo dei contratti in essere: i contratti ponte

Perché possa aversi proroga del contratto esistente:

- a) essa deve essere prevista da una clausola contenuta nel contratto;
- b) essa deve essere disposta contestualmente all'avvio della nuova procedura di gara (con determinazione a contrarre);

In caso di inesistenza della clausola di proroga, la SA può disporre un affidamento diretto nuovo con procedura negoziata, con tempistica rimessa all'emergenza laddove solitamente è rapportato all'espletamento dei tempi della gara .



Perché possa aversi ulteriore proroga ?????

Problematiche relative alle procedure di affidamento:

2. step la gestione della mobilità negli atti della procedura

Necessità di **rivedere la tempistica** della gara in relazione alla migliore organizzazione della procedura, relativamente ad alcuni adempimenti che potrebbero risultare problematici per gli OE in relazione a limiti alla **mobilità** derivanti dalla normativa in itinere.



Eliminare i sopralluoghi
Fornire tutta la documentazione
Solo autocertificazione
Sedute telematiche

Nb. sospensione dei procedimenti determinata dall'art. 103 del d.l. n. 18/2020 (es. difficoltà di ottenimento di cauzioni, certificazioni/attestazioni relative a servizi precedentemente svolti).

2. step la gestione della mobilità negli atti della procedura

L'organizzazione della nuova gara, a fronte delle principali problematiche determinate dalla normativa emergenziale (soprattutto inerenti la mobilità delle persone) deve essere impostata necessariamente con le piattaforme telematiche, in aderenza all'obbligo generale previsto dall'art. 40, comma 2 del d.lgs. n. 50/2016, evitando il ricorso a procedure «tradizionali».

Nelle regole della nuova gara è necessario prevedere soluzioni che evitino l'obbligo di presenza in una stessa sede (es. mediante seduta pubblica gestita con tecnologie che permettono la partecipazione dei rappresentati degli OE da remoto).

Precedenti giurisprudenziali già acquisiti

Problematiche relative alle procedure di affidamento

3.step gestire gli adempimenti delle procedure in corso

Rivedere i termini per presentazione offerte e per richieste di chiarimenti

Modificare alcuni elementi della procedura (es. PSC/DUVRI) in base ad elementi emersi dall'analisi della situazione di emergenza.

Modificare alcune regole per le sedute pubbliche, per consentire la partecipazione dei rappresentanti degli OE «da remoto».



Sospensione gara e ripubblicazione??????

3.step gestire gli adempimenti delle procedure in corso

X. Le sedute pubbliche saranno gestite dal Rup (fase di ammissione) e dalla Commissione giudicatrice (apertura buste offerte) mediante utilizzo del sistema di videoconferenza, unitamente alle funzionalità «seduta pubblica» della piattaforma telematica con cui si gestisce la procedura.

X. I rappresentanti degli OE saranno invitati a collegarsi in videoconferenza per la seduta pubblica, previa verifica della loro identità.

X. Le attività svolte in seduta pubblica mediante videoconferenza saranno registrate e gli OE devono a tal fine rilasciare liberatoria, mediante utilizzo del modello, da inviare all'indirizzo di posta elettronica

3.step gestire gli adempimenti delle procedure in corso

Gestire il soccorso istruttorio o optare per dei semplici chiarimenti ?

Il controllo dei requisiti o optare per semplice autodichiarazione ?

Stipulare , stipulare sotto le riserve di legge o avviare la prestazione con verbale d'urgenza?

Aspettare ?

Problematiche relative all'esecuzione dell'appalto

Per appalti di lavori, servizi e forniture in corso, è necessario verificare se riguardano opere, servizi o forniture:

- a) rientranti nelle categorie ATECO ammesse tra le attività produttive essenziali dal d.P.C.M. 22 marzo 2020 (in tal caso possono proseguire, ma vanno analizzate le singole situazioni);
- b) rientranti in categorie ATECO non ammesse tra le attività produttive essenziali dal d.P.C.M. 22 marzo 2020, ma comunque necessarie per assicurare servizi pubblici essenziali (in tal caso possono proseguire, ma con comunicazione al Prefetto);
- c) rientranti in categorie ATECO non ammesse tra le attività produttive essenziali dal d.P.C.M. 22 marzo 2020 e non necessarie per assicurare servizi pubblici essenziali (in tal caso NON possono proseguire);
- d) che sono comunque essenziali per far fronte all'emergenza in base all'art. 1, comma 1, lett. g) del d.P.C.M. 22 marzo 2020.

Problematiche relative all'esecuzione dell'appalto.

1. step la sicurezza dei lavoratori

Per gli appalti in corso e che non saranno sospesi, è necessario che il DUVRI sia adeguato al nuovo quadro di rischio (data la sua natura di documento dinamico previsto dall'art. 26, comma 3 del d.lgs. n. 81/2008), con particolare attenzione:

- a) per le problematiche connesse alle relazioni con gli utenti «interni/esterni»;
- b) per le problematiche derivanti da interferenze tra i dipendenti degli appaltatori (soprattutto in contesti sensibili); nonchè tra i dipendenti dell'appaltatore e gli operatori della SA.

1. step la sicurezza dei lavoratori

Per gli appalti in corso e che non saranno sospesi, è necessario che la SA verifichi il DUVRI e che l'appaltatore abbia adottato tutte le misure di maggior prevenzione rispetto al rischio contagio previste per i processi produttivi (in particolare dall'art. 1, comma 1, punti 7 e 8 del D.P.C.M. 11 marzo 2020).

Tali verifiche devono essere effettuate dal DL / DEC, anche mediante accesso ai cantieri / ai luoghi di esecuzione della prestazione .

il Protocollo MIT data 19 marzo 2020

Problematiche relative all'esecuzione dell'appalto:

3. step la sospensione di contratti.

- I contratti relativi ad appalti che non rientrano in processi erogativi di servizi pubblici essenziali o che non riguardano la realizzazione di opere indifferibili possono essere sospesi, in forza della sussistenza delle circostanze speciali previste dall'art. 107, comma 1 del d.lgs. n. 50/2016.
- La sospensione è disposta dal Direttore dell'esecuzione del contratto (DEC) / dal Direttore dei Lavori (DL), secondo la procedura regolata dallo stesso art. 107 e dal d.m. MIT n. 49/2018.

La valutazione spetta alla stazione appaltante ?

3. step la sospensione di contratti.

Le ragioni incidenti sulla sospensione possono essere:

- a) situazioni, derivanti dall'emergenza, che incidano sulla regolare esecuzione dell'appalto (incidenza potenziale di rischio dell'appalto per contatti tra operatori e utenti secondo modalità non protette, difficoltà nell'approvvigionamento dei materiali, problematiche relative alla mobilità delle risorse umane impiegate nell'appalto);
- b) situazioni derivanti dai provvedimenti (dPCM) di attuazione del d.l. 9/2020 che sospendono attività in alcuni settori (es. servizi educativi, scuole con relativi servizi complementari connessi come servizi di pulizia), facendo riferimento in particolare a quanto stabilito dall'art. 1 del d.P.C.M. 22 marzo 2020.

Problematiche relative all'esecuzione dell'appalto

4. step ritardi nell'esecuzione delle prestazioni

In relazione agli appalti in corso la SA deve porre particolare attenzione all'analisi delle situazioni che determinano ritardi nell'esecuzione delle prestazioni, poiché potrebbero derivare da problematiche dell'appaltatore determinate dal necessario rispetto delle norme emergenziali.

In sede di attivazione del procedimento per l'applicazione di penali, pertanto, la SA deve necessariamente sviluppare un'accurata istruttoria, considerando anche la potenziale esimente prevista dall'art. 91 del d.l. n. 18/2020.

«Il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti.»

Problematiche relative a nuovi affidamenti

1. step valutare la possibilità di ricorrere a procedure negoziate

Per l'affidamento di lavori, servizi e forniture che siano riconducibili all'emergenza o a situazioni incise dalla stessa, è possibile ricorso alla procedura negoziata prevista dall'art. 63, comma 2, lett. c) del d.lgs. n. 50/2016, in quanto la situazione emergenziale rientra nella imprevedibile non imputabile alle SA.

La determinazione a contrarre relativa al ricorso a tale procedura dovrà specificare in motivazione gli elementi che ne consentono l'applicazione, indicando quale presupposto la situazione emergenziale.



**La motivazione deve essere comunque circostanziata
«nella misura strettamente necessaria»**

Problematiche relative a nuovi affidamenti

2. step valutare la possibilità di ricorrere sottosoglia con la propria programmazione

La situazione emergenziale può determinare l'utilizzo di procedure negoziate regolate dall'art. 36 del d.lgs. n. 50/2016 per acquisizione di lavori, beni o servizi di valore inferiore alle soglie Ue, connessi a particolari esigenze determinate dalla situazione stessa e non previste in programmazione come sanificazione uffici/aule scuole, presidi di vario genere.

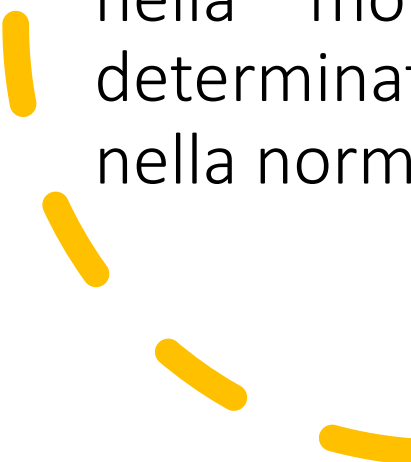
In tal caso la motivazione deve evidenziare l'eccezionalità dei presupposti (riferendoli anche alla normativa emergenziale) e l'effettuazione della programmazione (anche per evidenziare la non riconducibilità dell'affidamento a logiche di gestione complessiva della ordinaria gestione degli acquisti).

Vietato frazionare e vietato annullare gare precedenti per ricorrere a fantomatiche procedure emergenziali



Problematiche relative a nuovi affidamenti:

3.step evitare frazionamenti artificiali e annullamenti/revoche gare precedenti immotivati



In caso di utilizzo della procedura di affidamento diretto prevista dall'art. 36, comma 2, lett. a) del d.lgs. n. 50/2016 per lavori, servizi e forniture di valore inferiore ai 40.000 euro connessi ad esigenze determinate dalla situazione emergenziale, è opportuno che l'atto di affidamento riporti nella motivazione, quali presupposti dell'acquisto, gli elementi determinati dalla stessa situazione emergenziale e dagli obblighi previsti nella normativa correlata.

Problematiche relative a nuovi affidamenti:

4.step verificare la presenza di più operatori comunque !!!!!

Il ricorso alle procedure disciplinate dall'art. 36 del Codice dei contratti pubblici per esigenze connesse alla situazione emergenziale può consentire la deroga all'applicazione del principio di rotazione.

La motivazione della deroga, in tal caso, deve esplicitare:

- a) l'incidenza della situazione emergenziale e della correlata normativa sull'operatività di molte tipologie di operatori economici (es. per limiti a mobilità e a processi produttivi), con conseguente riduzione del numero di soggetti potenzialmente coinvolgibili
- b) la necessità di salvaguardare comunque il principio di concorrenza e la possibilità per la SA di avere un numero adeguato di offerte, con il coinvolgimento di precedente/i affidatario/invitati nella nuova procedura.
- c) *Ultime pronunce giurisprudenza utili anche in questo caso???????*



Problematiche relative a nuovi affidamenti:

5. Step consegna d'urgenza e l'art. . 91 del d.l. 18/2016

In relazione ai nuovi affidamenti, qualora si proceda alla consegna in via d'urgenza dei lavori o all'esecuzione in via d'urgenza dei servizi/delle forniture in base all'art. 32, comma 8 del d.lgs. n. 50/2016, all'appaltatore deve essere garantita l'anticipazione del prezzo secondo quanto previsto dall'art. 35, comma 18 dello stesso Codice dei contratti pubblici.



L'art. 103 sulla sospensione dei procedimenti NON si applica ai pagamenti di professionisti e appaltatori di lavori, servizi e forniture, per esplicita esclusione prevista dal comma 4 della stessa disposizione.

Grazie per l'attenzione!!