

Il ritorno alle procedure negoziate o nuove procedure negoziate: il Covid rende sistematico ciò che era episodico?: riflessione su una normativa che ha fatto il suo tempo.

Francesca Petullà

L'emergenza Covid ha riportato alla ribalta un dibattito molto acceso sui sistemi di scelta del contraente nel panorama normativo italiano. Mentre ci si appassionava senza passione a temi quale "*contraente uscente sì/no* " o *rotazione sì/no* " " *tre, cinque venti preventivi o offerte*" la pandemia ci ha riportato alla realtà e, cioè, ad una normativa che contempla le procedure negoziate per esigenze episodiche e non sistematiche.

Infatti, a ben vedere proprio la Commissione Europea nel suo provvido intervento con la Comunicazione n. 108/2020 ha portato il dibattito su un nuovo piano di ricostruzione del diritto individuando metodologie estemporanee per superare lo sfavore nei confronti delle forme dirette di affidamento diversi da quelli concorsuali ed arrivare a forme di negoziazione incisive ed immediate con il coinvolgimento degli operatori economici.

Un altro emisfero per noi italiani, che quando si parla di procedura negoziata pensiamo sempre a favoritismi ma soprattutto dal 2014 dopo l'avvento dell'ANAC pensiamo *sistematicamente* alla procedura negoziata ad un sistema che si porta con sé al minimo un reato ascrivibile all'ambigua sfera della corruzione.

L'ottica errata e distorta da cui muove il Legislatore nazionale fa sì che per contrastare fenomeni criminosi che certo non possono negarsi che attanagliano il settore degli appalti come altri settori dell'economia, non solo in Italia, si sia posta in essere una normativa di derivazione comunitaria per episodi sporadici che possono accadere nella stazioni appaltanti nel corso della regolare gestione della propria programmazione.

In questo frangente, invece, non v'è nulla di episodico, ma si è di fronte ad una situazione generale a sistema per molto tempo che via via si evolverà e chiederà interventi mirati per i quali sarà difficile gestire la quotidianità come l'ordinario finora svolto sia come procedure di scelta del contraente che come contratti.

Lo strumentario giuridico stenta a trovare risposte, perché nello stesso contratto è difficile gestire l'emergenza Covid con istituti quale la impossibilità sopravvenuta, l'eccessiva onerosità sopravvenuta o la tanto invocata forza maggiore il cui utilizzo lo releghiamo nella casistica alla pioggia violenta, al terremoto.

Addirittura anche nei Paesi di Common Law cioè non legati ad un sistema rigido quale quello degli ordinamenti di derivazione romanistica hanno difficoltà a reagire a trovare risposte.

La procedura negoziata nella Comunicazione della Commissione Ue del 1 aprile 2020: un iter procedimentale di ampio respiro.

Ecco in questo panorama in un momento difficilissimo, inizio aprile, la Commissione con atto di responsabilità istituzionale interviene e indica una strada da adottare nelle negoziazioni, nella scelta delle tempistiche di gara e nella individuazione delle norme attualmente esistenti nelle direttive, ma corroborandole di una motivazione concreta.

Sotto il profilo delle negoziazioni, le tanto vituperate negoziazioni, si legge nella Comunicazione *"gli acquirenti pubblici dovrebbero inoltre prendere in considerazione la ricerca di soluzioni alternative e interagire con il mercato"* ; tra le indicazioni date poi segue : *"- contattare i potenziali contraenti, nell'UE e al di fuori dell'UE, telefonicamente, via e-mail o di persona; - incaricare agenti che abbiano contatti migliori sui mercati; - inviare rappresentanti direttamente nei paesi che dispongono delle necessarie scorte e possono provvedere a una consegna immediata; - contattare potenziali fornitori per concordare un incremento della produzione oppure l'avvio o il rinnovo della produzione; - gli acquirenti pubblici possono avvalersi di strumenti digitali innovativi per suscitare un ampio interesse fra gli operatori economici in grado di proporre soluzioni alternative, come eventi hackathon per trovare nuove soluzioni, - gli acquirenti pubblici possono inoltre collaborare più strettamente con ecosistemi di innovazione o reti di imprenditori, che potrebbero proporre soluzioni."*

Come si fa con una normativa ingessata e una giurisprudenza censoria che obbliga a fare consultazioni di mercato anche per 40.000,00 euro?

Un serio cambio di passo della legislazione in via immediata si impone, altrimenti, non potremmo fronteggiare questa situazione che non è, si ribadisce, episodica.

Nella stessa Comunicazione poi, si precisa che se nel caso di impossibilità oggettiva di rispettare i tempi, ovvero di non avere margini temporali sufficienti tale circostanza impone il ricorso ad una procedura negoziata senza previa pubblicazione *"le amministrazioni aggiudicatrici possono aggiudicare appalti pubblici mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione «nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivanti da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati. Le circostanze invocate per giustificare l'estrema urgenza non sono in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici.» (articolo 32, paragrafo 2, lettera c), della direttiva). La Corte di giustizia esige che il ricorso a questa procedura rimanga eccezionale[. Tutte le*

condizioni devono essere soddisfatte cumulativamente e interpretate in senso restrittivo. Una «procedura negoziata senza previa pubblicazione» consente alle amministrazioni aggiudicatrici di negoziare direttamente con i potenziali contraenti; l'aggiudicazione diretta a un operatore economico preselezionato rimane l'eccezione ed è applicabile ove solo un'impresa sia in grado di fornire i risultati richiesti nel rispetto dei vincoli tecnici e temporali imposti dall'estrema urgenza. Ogni amministrazione aggiudicatrice dovrà valutare se siano soddisfatte le condizioni per il ricorso a tale «procedura negoziata senza previa pubblicazione» e dovrà giustificare la scelta di detta procedura in una relazione unica. Nella valutazione individuale di ogni singolo caso dovranno essere soddisfatti i criteri cumulativi illustrati qui di seguito, per come previsto dagli articoli 27 e 28 della direttiva 2014/24/UE.»

Secondo la giurisprudenza il ricorso alle procedure ordinarie è la regola, sebbene in regime accelerato, solo in via successiva consentendo il ricorso all'istituto eccezionale di cui all'articolo 63, secondo comma, lettera c) (cfr., Tar Campania, Sez. I, 5 marzo 2019, n. 1223)

La decisione del RUP di optare per termini abbreviati o procedura negoziata, comunque è sindacabile nel merito?

Ma, è la Commissione UE che precisa che proprio per situazioni quali la crisi Covid-19, che presenta "un'urgenza estrema e imprevedibile, le direttive dell'UE non contengono vincoli procedurali. La procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara consente agli acquirenti pubblici di acquistare forniture e servizi entro il termine più breve possibile. L'articolo 32 della direttiva 2014/24/UE consente agli acquirenti pubblici di negoziare direttamente con i potenziali contraenti e non sono previsti obblighi di pubblicazione, termini, numero minimo di candidati da consultare o altri obblighi procedurali. Tanto consente alle autorità di agire il più rapidamente possibile, nei limiti di quanto tecnicamente/fisicamente realizzabile. La procedura è, dunque, di fatto, un'aggiudicazione diretta, soggetta unicamente ai vincoli fisici/tecnici connessi all'effettiva disponibilità e rapidità di consegna."

Pertanto, il ricorso alla procedura negoziata per quanto concerne le acquisizioni ascrivibili al fenomeno Covid e a quanto necessario collateralmente (non certo la internalizzazione del Paese come si legge, invece, nel decreto n.18/2020) può esser acquisito con questa metodologia anche per noi italiani che abbiamo una visione contabilistica dei contratti .

I commi n.5 e n. 6 dell'art.41 del RD 827/1924 prevedevano, infatti, per il caso della procedura senza gara requisiti di "eccezionali circostanze" e "urgenza". Ancora per l'art.92 del RD 827/1924 la "gara ufficiosa tra le offerte oggetto di trattativa privata aveva luogo dopo avere interpellato, se ciò sia ritenuto conveniente, più persone o ditte".

La normativa italiana è piena di norme in cui si parlava di estrema urgenza, imperiosa urgenza, impellente urgenza. Forse la migliore per comprenderne appieno la portata è quella contenuta nella legislazione dei lavori la legge Merloni del 1994 al cui art. 24 si prevedeva che si potesse procedere senza bando (sopra i 150.000 ecu) per il ripristino di opere rese inutilizzabili da eventi imprevedibili di natura calamitosa qualora motivi di imperiosa urgenza rendessero incompatibili i termini imposti dalle procedure di affidamento degli appalti, purché fossero state invitate almeno 15 concorrenti e fosse stato motivato il provvedimento.

La eccezionalità della situazione giustifica un sacrificio di un bene primario quale è la concorrenza, questo in buona sostanza il connotato che deve esistere per poter attivare simili procedure, una eccezionalità per la quale si aspetta dalla stazione appaltante non è esigibile altro comportamento che quello adottato.

Se prima la giurisprudenza rilevava che non costituisce circostanza imprevedibile la necessità di dovere garantire un sistema di sicurezza ai malati, ai dipendenti ed ai visitatori finalizzato alla assistenza sanitaria senza pericoli. Tale previsione non è caso di emergenza o di circostanza imprevedibile poiché rientra a regime nei doveri delle pubbliche amministrazioni di svolgere servizi di pubblica utilità (Tar Abruzzo L'Aquila sez. I 10 gennaio 2011 n.3) ora evidentemente in questo frangente la decisione dovrebbe esser rivista.

Ma questa ultima conclusione a cui siamo giunti solo guardando alle norme costituisce un primo elemento di riflessione per una normativa nuova di "emergenza" che detti semplificando norme ad hoc , perché l'"eccezionale" è la regola .

L'attuale art. 63 del Codice non è sufficiente per potere gestire questa situazione neppure per l'estrema urgenza imprevedibile attuale.

Non può ricordarsi che la giurisprudenza ha affermato che le eccezioni ai principi di libera concorrenza e pubblicità sono consentite solo presenti le ragioni tassative declinate nella norma che non consentono alcuna interpretazione estensiva.

La giurisprudenza sempre ha confermato l'esclusione dell'estrema urgenza nel provvedere in quanto tale presupposto non è giustificato nei casi di carenza di adeguata organizzazione o programmazione né in caso di inerzia da parte della pubblica amministrazione. (TAR Lazio, Roma sez. I, 4 settembre 2018, n. 9145. Nel caso l'amministrazione aveva affidato un servizio di pulizia per 6 mesi con procedura negoziata senza previa pubblicazione di avviso nelle more della definizione della procedura aperta (nel settore della sanità si ricorre spesso a "gare ponte semestrali").

Nè tale presupposto è ammesso allorché tra le circostanze non imputabili alle pubbliche amministrazioni vengano fatte rientrare il periodo feriale e la conseguente minore operatività degli uffici per lo *smart working* (Cds , sez. V 10 settembre 2009 n.5426).

Conclusioni

In questi giorni si parla tanto di decreto semplificazioni, la sottoscritta è ventisei anni che legge di semplificazione amministrativa. La necessità di non sbagliare, anche se un Legislatore non dovrebbe mai sbagliare o al più prevedere e gestire i giusti rischi dell'impatto di una normazione, forse ci porterà ad una semplificazione, ma non è questo il momento ovvero lo è, occorre per la gestione Covid una normazione *ad hoc* a scadenza " altrimenti anche quella semplificata costituirà una complicazione perché dovrà essere recepita dalle amministrazioni.

In altri termini, si tratta di immaginare una nuova giuridicità, nuove regole sì sempre meno condizionata da strutture giuridiche risalenti nel tempo e non più adeguate alla realtà, che veda un recupero dell'autonomia decisionale dell'amministrazioni e un reale ritorno agli obiettivi che un contratto pubblico si prefigge, cioè la esecuzione di un servizio, realizzazione di un lavoro.

L'attuale codice dei contratti pubblici ha difficoltà operative congenite primo tra tutto aver voluto introdurre nella normativa un elemento spurio "Anac" che certo non può dettare normativa, applicare, controllare, fare Autorità garante, Agenzia Governativa, Amministrazione aggiudicatrice e giudicatrice un organismo pantagruelico ingestibile.

Ecco da dover ripartire da una Authority che sia un supporto per le amministrazioni che svolga quei ruoli propri di collaborazione che le amministrazioni si aspettano, perché fare rilievi alle amministrazioni significa aver fallito il proprio mandato.