

CERIDAP

RIVISTA INTERDISCIPLINARE SUL
DIRITTO DELLE
AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE

Estratto

FASCICOLO
1 / 2020

GENNAIO - MARZO

Appalti pubblici e Corona virus: tra norme e buone prassi

Stefano D'Ancona

L'emergenza derivante dal diffondersi del Covid-19 induce a riflettere sugli strumenti a disposizione delle Pubbliche Amministrazioni per reperire beni, servizi e lavori necessari a fronteggiare il fabbisogno delle strutture sanitarie. L'analisi si soffermerà sulle norme del Codice dei contratti pubblici, sulle Ordinanze nn. 630 e 639/2020 del Capo del Dipartimento Protezione Civile, nonché sulla recente Comunicazione della Commissione Europea 1.04.2020.

[Public procurement and Coronavirus: between regulatory rules and best practices]: The emergency caused by the Covid-19 pandemic leads us to reflect on tools that Public Administrations can use on public procurement contracts (services, supplies, works) about healthcare. The analysis will focus on italian "Public Contract Code", on Ordinances n. 630 and 639/2020 (Civil Protection Department), and European Commission Communication 1.04.2020.

1. Premessa

Al fine di rendere le procedure di appalto più adeguate a fronteggiare l'emergenza sanitaria del Corona virus, lo Stato italiano è intervenuto in questi ultimi mesi con diverse previsioni. Alcune, di più vasta portata, incorporate nelle Ordinanze emesse dal Capo del Dipartimento della Protezione Civile (3 e 25 febbraio 2020) che hanno derogato a diverse disposizioni del Codice dei contratti pubblici, altre di ambito piuttosto circoscritto, contenute in norme ordinarie di modifica al Codice.

Nel presente contributo si tratterà una breve analisi sulle previsioni e sul loro impatto rispetto al quadro normativo attuale.

2. Le regole degli appalti pubblici ai tempi del Coronavirus. Le Ordinanze nn. 630 e 639 del 2020

Senza potersi in questa sede dedicare all'analisi dello specifico strumento dell'ordinanza contingibile e urgente come mezzo straordinario di amministrazione attiva e di deroga alla normativa vigente⁽¹⁾, si esamineranno nel presente paragrafo le previsioni contenute nelle Ordinanze n. 630 e 639 del 5 e 25 febbraio 2020 del Capo del Dipartimento della Protezione Civile – Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Le previsioni di cui all'Ordinanza n. 630/20 sono piuttosto significative e costituiscono importante riferimento per tutte le procedure di gara che, in questo periodo, sono state – e verranno – avviate per fronteggiare l'emergenza sanitaria.

In apertura, l'Ordinanza individua nel Capo del Dipartimento e nei c.d. Soggetti attuatori⁽²⁾ i soggetti legittimati a realizzare gli interventi connessi al superamento dell'emergenza (tra cui acquisti di forniture e servizi emergenziali)⁽³⁾.

Nell'ambito della loro attività di acquisizione di appalti per lavori, forniture e servizi per gestire l'emergenza sanitaria, l'Ordinanza stabilisce che i predetti Soggetti possano avvalersi delle procedure di cui agli artt. 63 e 163 del Codice dei contratti pubblici (D.lgs. 50/16) (cfr. art. 3 comma 2 Ordinanza n. 630/2020).

L'art. 63 disciplina la procedura negoziata senza pubblicazione di bando, i cui presupposti possono essere, tra gli altri, l'urgenza rispetto a cause non prevedibili (e dunque anche emergenza sanitaria) oppure il fatto che il lavoro, fornitura o servizio non possano essere forniti solamente da un operatore per motivi tecnici o per altre ragioni (es. forniture sanitarie sottoposte a brevetto o talmente innovative da venir fornite solo da un soggetto sul mercato).

L'art. 163, rubricato "Procedure in caso di somma urgenza e di protezione civile", prevede invece che in circostanze di somma urgenza che non consentono alcun indugio, il responsabile del procedimento e il tecnico dell'amministrazione competente che si reca prima sul luogo, può disporre, contemporaneamente alla redazione del verbale, in cui sono indicati i motivi dello stato di urgenza, le cause che lo hanno provocato e i lavori necessari per rimuoverlo, la immediata esecuzione dei lavori entro il limite di 200.000 euro o di quanto indispensabile per rimuovere lo stato di pregiudizio alla pubblica e privata incolumità.

Questa disposizione è applicabile essenzialmente agli appalti di lavori in

circostanze di emergenza, ed è dunque di più frequente applicazione in altri tipi di emergenze (es. terremoto). Mentre l'art. 63 copre le restanti tipologie di appalto (servizi e forniture).

Si tratta, in entrambi i casi, comunque, di procedure estremamente semplificate e adeguate all'acquisto in tempi ridottissimi.

Oltre a quanto già previsto dalle norme, tuttavia, l'Ordinanza prevede che, nell'ambito del procedimento di cui all'art. 163, i Soggetti attuatori possano derogare i tempi previsti per alcuni adempimenti funzionali ad assicurare la regolarità del procedimento di gara e dell'aggiudicazione (art. 3 c. 2 Ordinanza n. 630/2020)¹⁴.

Invece, con riferimento all'art. 63, viene precisato che è possibile derogarvi «*al fine di accelerare la procedura di scelta del contraente*» e avviare, per ragioni di estrema urgenza a tutela della salute e dell'ambiente, «*interventi infrastrutturali*» (ci si potrebbe riferire a ristrutturazioni ospedaliere per rendere le strutture più capienti ed efficienti in considerazione dell'aumento esponenziale di ricoverai) (art. 3 comma 3 Ordinanza).

Quest'ultima previsione, che riguarda esclusivamente appalti di lavori, sembra ridondante, in quanto già l'art. 63 del Codice, delineando una procedura di negoziazione estremamente informale, non impone all'Amministrazione aggiudicatrice il rispetto dei termini di cui alle procedure ordinarie.

L'unica prescrizione, a cui dunque pare potersi riferire l'Ordinanza, è, allora, quella di cui al comma 6 dell'art. 63, ove il legislatore codicistico ha imposto che il confronto nell'ambito della procedura negoziata senza pubblicazione del bando avvenga tra «*almeno cinque concorrenti se sussistono in tal numero soggetti idonei*» (art. 63 c. 6).

Ad una prima conclusione, dunque, la procedura di cui all'art. 63 (oltre all'art. 163, più specifica per i lavori) è stata considerata la più adatta per fronteggiare le esigenze di reperire risorse nel periodo di emergenza sanitaria.

Si tratta di un'impostazione che, recentemente, pare aver avuto l'avallo della Commissione Europea che, come si vedrà, in una recentissima Comunicazione, ha affermato che la procedura competitiva con negoziazione senza pubblicazione di bando «*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. Nessuna*

fase della procedura è disciplinata a livello dell'UE. Questo significa, nella pratica, che le autorità possono agire il più rapidamente possibile, nei limiti di quanto tecnicamente/fisicamente realizzabile, e la procedura può costituire, di fatto, un'aggiudicazione diretta, soggetta unicamente ai vincoli fisici/tecnici connessi all'effettiva disponibilità e rapidità di consegna»¹⁵¹.

Oltre alla scelta in ordine alla procedura, l'Ordinanza n. 630/2020, all'art. 3 commi 2 e 3, contiene un ampio ventaglio di deroghe al Codice.

La *ratio* di tali deroghe è di consentire ai Soggetti attuatori più “margine di manovra” per la realizzazione delle attività di cui all'Ordinanza, sia che esse avviano una procedura ex art. 63 o 163, sia che gestiscano le gare con le procedure ordinarie (aperta o ristretta).

Tali deroghe sono in concreto possibili nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico, della direttiva del Consiglio dei ministri del 22 ottobre 2004 e dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario.

Senza entrare nei particolari, va evidenziato che si tratta di moltissime disposizioni, tra cui le disposizione in tema di programmazione (art. 21), nonché quelle relative alle modalità di affidamento, alle soglie comunitarie, nonché norme più procedurali, concernenti le modalità delle comunicazioni in corso di gara, il documento di gara unico europeo, le modalità di esclusione automatica (artt. 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 40, 52, 85, 95), la pubblicità sia dell'avvio della gara (artt. 70, 72, 73, 76) che della conclusione (art. 98).

Ponendo l'attenzione sulle norme richiamate, si nota che, accanto alle deroghe con finalità di semplificazione delle procedure per adeguarle alla tempistica del contesto emergenziale, se ne possono individuare altre di natura più sostanziale.

In questo ultimo senso, ad esempio, l'Ordinanza consente l'acquisizione di beni e servizi omogenei e analoghi, caratterizzati da regolarità da rinnovare periodicamente entro il periodo emergenziale derogando la norma in materia di soglie (art. 35)¹⁶¹. La previsione, è stata evidentemente congegnata per permettere plurimi acquisiti di forniture e servizi standard utili per la gestione dell'emergenza sanitaria (in realtà, è pensabile che gli stessi possano essere acquisiti mediante accordi quadro).

Ed ancora, è prevista la possibilità di derogare alle norme in materia di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle Centrali di committenza (art. 37-38)¹⁷¹, etc..

Un altro nucleo di possibili deroghe “di sostanza” è costituito dal riferimento alle norme che disciplinano i diversi tipi di procedure per l’affidamento.

Nonostante, come visto, già in apertura del comma 2 dell’art. 3, l’Ordinanza designa la procedura competitiva con negoziazione senza pubblicazione di bando quale procedura “principe” nel periodo di emergenza sanitaria, al comma 3 dell’art. 3 è consentita anche la deroga agli artt. 60, 61 ove i soggetti attuatori avviassero le procedure ordinarie (aperta o ristretta). È dunque evidente che in tal caso, i Soggetti attuatori, in virtù dell’urgenza, dovrebbero restringere i termini previsti nella disciplina.

Rimane tuttavia la perplessità che tale previsione possa trovare realmente un’applicazione, prova ne è il fatto che gli appalti “emergenziali” sono stati finora acquisiti per lo più mediante la procedura di cui all’art. 63.

Altra deroga rilevante è riferita ai criteri di selezione delle offerte.

È noto che, secondo l’impostazione codicistica, il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa costituisce il criterio di selezione generale e che quello del massimo ribasso è consentito solamente per alcuni tipi di appalti rigidamente previsti dalle norme.

Ebbene, l’Ordinanza prevede la possibilità di deroga all’art. 95 del Codice, consentendo che il criterio di aggiudicazione con il prezzo più basso sia adottato anche al di fuori delle ipotesi configurate nella norma.

L’Ordinanza prevede poi la possibilità di utilizzare, come Responsabili dei procedimenti di gara, in deroga all’art. 24 del Codice (in tema di progettazione), soggetti che si distinguano per competenza e che tuttavia sono dipendenti di ruolo presso altri enti pubblici, «*in caso di assenza o insufficienza di personale interno in possesso dei requisiti necessari all’espletamento degli incarichi e dell’incremento delle esigenze di natura tecnico-progettuali derivanti dalle esigenze emergenziali*» (comma 3 art. 3, Ordinanza n. 630/2020).

Analogamente, sono possibili deroghe alle norme in materia di affidamento incarichi di progettazione (Artt. 25, 26, 27, 157 Codice dei contratti pubblici).

Riguardo alle norme sull’esecuzione degli appalti, compare la possibilità di derogare alla norma in materia di subappalto (art. 105) e di varianti in corso d’opera. Ciò ha lo scopo di consentire varianti anche se non previste nei documenti di gara iniziali; è consentito anche di derogare ai termini previsti dai commi 8 e 14 per gli adempimenti nei confronti di ANAC (art. 106).

L'Ordinanza aggiunge infine regole di ingaggio più elastiche nel controllo dei requisiti di partecipazione alle gare che tuttavia riprendono disposizioni già presenti nel Codice dei contratti.

In questo senso, per rendere le procedure più celeri, al comma 4 dell'art. 3 viene stabilito che, al momento della presentazione dei documenti relativi alle procedure di affidamento, i soggetti attuatori (art. 1 c. 1) anche in deroga agli articoli 81 ed 85 del Codice, accettino autocertificazioni, rese ai sensi del DPR 445/2000, circa il possesso dei requisiti per la partecipazione alle gare.

Tuttavia, una disposizione analoga è già contenuta nell'art. 163 c. 7 del Codice, laddove il legislatore ordinario ha stabilito che nelle procedure in caso di somma urgenza (art. 167) e competitive con negoziazione senza pubblicazione del bando avviate d'urgenza (art. 63 c. 2 lett. c), gli affidatari dichiarano mediante autocertificazione il possesso dei requisiti.

Le Amministrazioni aggiudicatrici, in questo caso, devono verificare il possesso dei requisiti entro 60 gg.: ogni pagamento, anche parziale non è possibile in caso di mancata verifica.

Un'altra sintesi di quanto già previsto nel Codice è contenuta nel comma 5 dell'art. 3 dell'Ordinanza.

È disposto infatti che, ai fini dell'acquisizione di lavori, beni e servizi strettamente connessi alle attività di cui all'Ordinanza stessa, i Soggetti attuatori provvedono alla selezione del contraente mediante procedura di cui all'art. 63 previa selezione *«di almeno cinque operatori economici»* (art. 3 c. 5 Ordinanza).

A tal fine, vengono effettuate le verifiche circa il possesso dei requisiti, secondo *«le modalità descritte all'art. 163, comma 7, del decreto legislativo n. 50/2016»* (art. 3 c. 5, cit.). Ove esistenti, tali operatori sono selezionati all'interno delle *white list* delle Prefetture.

La disciplina sopra delineata non fa altro che riprendere lo scheletro procedurale contenuto nel comma 6 dell'art. 63 relativo alla gara negoziata senza pubblicazione di bando.

Tenuto conto dell'urgenza di acquisire forniture, servizi e lavori per fronteggiare l'emergenza, il Dipartimento di Protezione Civile e i Soggetti attuatori possono prevedere penalità adeguate all'urgenza anche in deroga a quanto previsto dall'art. 113-*bis* del decreto legislativo n. 50/2016 e lavorazioni su più turni giornalieri, nel rispetto delle norme vigenti in materia di lavoro (comma 6 art. 3 Ordinanza).

L'art. 4 dell'Ordinanza n. 630/2020 si occupa invece della progettazione, prevedendo un procedimento *ad hoc* per affrontare con urgenza esigenze di costruzione. I tempi di proposta e approvazione dei progetti sono stretti in tempi molto stringati: è significativo che per l'eventuale procedimento di valutazione d'impatto ambientale in ordine al progetto sono previsti 15 giorni.

Ulteriori misure finalizzate al superamento del contesto emergenziale sono contenute nell'Ordinanza 25 febbraio 2020 n. 639 che è più modesta nei contenuti rispetto all'Ordinanza n. 630/20

A differenza rispetto alla precedente, infatti, il provvedimento del Capo della Protezione civile è circoscritto ad una categoria di forniture (i DPI: ossia mascherine, camici, guanti e occhiali).

L'Ordinanza prevede che l'acquisto dei DPI è svolto dalla Protezione Civile, senza la mediazione di alcuna procedura in particolare (si parla di «*ordini d'acquisto*», c. 1 art. 1), e che la stessa opera in base ai fabbisogni rappresentati dai Soggetti attuatori di cui alla precedente Ordinanza.

Testualmente, il Dipartimento delle Protezione Civile provvede «*all'acquisizione dei dispositivi di protezione individuali (DPI) così come individuati dalla circolare del Ministero della salute prot. n. 4373 del 12 febbraio 2020. Gli ordini di acquisto del Dipartimento della protezione civile e delle Amministrazioni di cui al comma 2 hanno priorità assoluta rispetto ad ogni altro ordine anche già emesso. È inoltre fatto divieto di esportare DPI fuori dal territorio nazionale senza previa autorizzazione del Dipartimento della protezione civile*» (comma 1 art. 1).

Al comma 2 è previsto che «*le amministrazioni del Comparto della sicurezza, della difesa e del soccorso pubblico ed il Ministero della salute provvedono direttamente ed autonomamente alle acquisizioni dei dispositivi di cui al comma 1 previa autorizzazione del Dipartimento della protezione civile, ferma restando la possibilità delle Regioni e Province autonome di acquistare direttamente*».

Se da una parte dunque la Protezione civile ha preso in carico questo acquisto, è prevista la possibilità che anche le Regioni provvedano esse stesse per i propri fabbisogni.

Infine l'Ordinanza n. 639/20, integrando la precedente, prevede che «*in deroga al comma 18 dell'articolo 35, è possibile corrispondere al fornitore l'anticipazione del prezzo fino alla misura del cinquanta per cento del valore del contratto anche in assenza della costituzione di garanzia fidejussoria bancaria o assicurativa ivi*

prevista, ovvero anche in misura superiore al cinquanta per cento ove necessario previa adeguata motivazione» (l'art. 35 del Codice prevede un'anticipazione non superiore al 20%). Anche in materia di garanzie per la partecipazione alle gare e per le garanzie definitive (artt. 93 e 103) è prevista la possibilità di deroga.

È evidente in queste disposizioni, lo sforzo dello Stato di incentivare economicamente tutte le forze produttive del Paese affinché le stesse si mettano a disposizione per fronteggiare l'imponente domanda di beni, servizi e lavori necessari per rafforzare i servizi sanitari e, in generale, per gestire la crisi. testo citato va tra virgolette ed in corsivo con i riferimenti in nota, ad esempio.

3. Strumenti “ordinari” di gestione della crisi. Le gare CONSIP

Come già osservato, nonostante l'Ordinanza n. 630/2020 costituisca un utile supporto attraverso il quale i Soggetti attuatori⁽⁸⁾ trovano copertura per la gestione delle gare di beni servizi e lavori per l'emergenza, va considerato come già l'armamentario normativo messo a disposizione dal Codice dei contratti pubblici non fosse del tutto inadeguato a tal fine.

La stessa Ordinanza, oltre a prevedere una serie di deroghe rispetto alle disposizioni in vigore in materia di appalti, traccia il disegno delle procedure per l'emergenza Corona virus, rinviando all'art. 63 (procedura competitiva con negoziazione senza pubblicazione del bando) e all'art. 163 (procedura in caso di somma urgenza e di protezione civile) del Codice stesso (cfr. art. 3 comma 2 Ordinanza n. 630/2020).

In altri termini l'Ordinanza si rifà alle discipline “straordinarie” contenute nelle norme ordinarie.

Con riferimento all'art. 63 si tratta di una norma che, spesso abusata per eludere le norme di garanzia contenute nel Codice, oggi, grazie alla copertura fornita dall'Ordinanza, si riscopre di massima utilità anche per le Amministrazioni meno abituate ad una gestione “dinamica” degli appalti.

I benefici che derivano dall'utilizzo di questo modulo procedimentale semplificato sono evidenti e la norma è abbastanza elastica da poter essere utilizzata nei periodi di emergenza da qualsiasi Amministrazione, e dunque anche da un'Amministrazione che non sia inclusa nell'ambito soggettivo di

applicazione di cui all'Ordinanza n. 630/20 (i c.d. Soggetti attuatori).

Si consideri che l'art. 63 al comma 2 lett. c), come noto, prevede che quando i termini per le procedure ordinarie non possano essere rispettati «*e ciò dipenda da eventi imprevedibili che richiedono l'approvvigionamento con urgenza*», le Amministrazioni possono ricorrere alle procedure negoziate senza pubblicazione di bando. Ma anche al comma 2 lett. b), si riscontra una norma che potrebbe essere particolarmente utile nel corso di questa emergenza e potrebbe riguardare appalti particolarmente complessi dal punto di vista tecnico o innovativi (ad esempio, un prodotto brevettato).

Se in quest'ultimo caso è consentita la negoziazione con un solo operatore, nella prima ipotesi (urgenza per circostanze imprevedibili), al fine di aggiudicare l'appalto, le amministrazioni devono individuare l'aggiudicatario attraverso una consultazione informale del mercato e la selezione di almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei. Tale previsione è ripresa in maniera pressoché identica dall'art. 3 comma 5 dell'Ordinanza n. 630/20.

Nella prassi l'utilizzo della procedura negoziata di cui all'art. 63 ha trovato riscontro. È proprio tale procedura che ha permesso a CONSIP, quale soggetto attuatore^[9], di acquistare, dal 5 marzo al 12 marzo, appalti per un valore complessivo di 445 milioni di Euro (si tratta della circostanza che CONSIP avrebbe bandito 4 gare^[10]).

Nonostante la percezione generale di un immobilismo amministrativo dunque, non si può non constatare la celerità con cui si è svolta, ex art. 63 c. 2 lett. c) del Codice, la gara per l'affidamento di accordi quadro per la fornitura di dispositivi di protezione individuali e apparecchiature elettromedicali destinati all'emergenza COVID-19^[11].

La maxi gara (importo massimo a base d'asta € 253.260.871 criterio di aggiudicazione, massimo ribasso) è stata suddivisa in diciotto lotti aventi ad oggetto i beni più disparati per il fabbisogno delle strutture sanitarie: aspiratori elettrici, centrali di monitoraggio per terapia intensiva, ecografi portatili, elettrocardiografi, tomografi computerizzati, mascherine chirurgiche e di altra tipologia, camici, guanti di diversi tipi, detergenti e soluzioni disinfettanti etc..

Certo, non sono mancati gli inconvenienti, probabilmente dovuti anche al fatto che molte forniture sono di difficile reperimento sul mercato nazionale in ingenti quantità^[12].

Tuttavia, si consideri che la procedura è stata avviata il 9 marzo 2020 e si è conclusa per tutti i lotti tra il 12 e il 17 marzo 2020.

In alcuni casi, la Centrale di committenza dello Stato ha utilizzato un'altra ipotesi della procedura negoziata senza pubblicazione di bando e cioè quella di cui all'art. 64 comma 2 lett. b, nn. 2 e 3) che consente tempi ancora più rapidi, potendo l'Amministrazione contrattare con un solo operatore.

Si tratta di prodotti (kit diagnostici per Coronavirus) che per particolarità possono essere acquisiti da un solo fornitore che li produce: in questo caso, i documenti di gara (lettera di richiesta di offerta e capitolato) sono stati pubblicati in data 11 marzo 2020 e l'aggiudicazione è avvenuta in data 12 marzo 2020.

Si consideri che nella citata gara, CONSIP per una fornitura di valore pari a € 1.130.000 e l'appalto è stato aggiudicato all'importo di € 900.308^[13].

È pleonastico considerare che, nonostante gli sforzi compiuti per incrementare e accelerare gli acquisti, si sia pervenuti ad un risultato che ancor oggi non soddisfa la domanda, proprio perché il mercato nazionale non riesce a coprire i fabbisogni dell'emergenza sanitaria.

Va rilevato, tra l'altro, che, sulla scia della necessità di reperire le forniture per l'emergenza (DPI, in particolare mascherine), sono sorte polemiche tra alcune Regioni italiane e il Dipartimento della Protezione Civile, in ordine alle caratteristiche tecniche, di beni acquisiti dal Dipartimento stesso in qualità di compratore pubblico e critiche non sono mancate con riferimento al presunto mancato coordinamento del Dipartimento stesso con gli altri soggetti attuatori^[14].

Si tenga infatti conto che, come esposto, in virtù dell'ultima Ordinanza (n. 639/20), il Capo della Protezione Civile può procedere, a beneficio delle Amministrazioni, all'acquisto di DPI mediante ordini diretti e dunque con più margine d'azione (e rischio di errore...) rispetto agli altri soggetti attuatori più specializzati come CONSIP.

A temperare le polemiche da ultimo sorte, va constatato che il comma 2 dell'art. 1 della stessa Ordinanza n. 639/2020 lascia ferma la possibilità delle Regioni e Province autonome di acquistare direttamente i DPI (e dunque anche mascherine e altri dispositivi di protezione personale).

4. Le nuove sfide messe in campo dall'Europa. La Comunicazione della Commissione Europea 1 aprile 2020 relativa agli appalti pubblici nella situazione di emergenza connessa alla crisi della COVID-19

È stata da poco pubblicata la Comunicazione della Commissione recante “Orientamenti della Commissione europea sull’utilizzo del quadro in materia di appalti pubblici nella situazione di emergenza connessa alla crisi della Covid-19”^[15]. Il documento si pone l’obiettivo di orientare le Pubbliche Amministrazioni nazionali nel quadro della normativa sugli appalti durante il periodo dell’emergenza.

Secondo la Commissione la crisi sanitaria causata dalla Covid-19 *«richiede soluzioni rapide e intelligenti, come pure agilità nella gestione dell’enorme aumento della domanda di beni e servizi simili, che si verifica proprio nel momento in cui determinate catene di approvvigionamento sono interrotte»* (Comunicazione, par. 1, 1° Capoverso).

Gli acquirenti pubblici degli Stati membri *«si trovano in prima linea per quanto riguarda la maggior parte di questi beni e servizi»* (Com., *idem*). Essi devono garantire la disponibilità dei dispositivi di protezione individuale *«quali mascherine e guanti protettivi, dispositivi medici, in particolare ventilatori polmonari, altre forniture mediche, ma anche di infrastrutture ospedaliere e informatiche, solo per fare alcuni esempi»* (Comunicazione, par. 1, 1° Capoverso).

In questo quadro le opzioni operative proposte dalla Commissione sono:

1. Riduzione dei termini delle procedure aperte e ristrette in rapporto all’emergenza;
2. Procedure negoziata senza pubblicazione di bando
3. Ricerca di soluzioni alternative interrogando il mercato (par. 1, 4° Capoverso).

Al fine di accelerare gli appalti, la Commissione prevede la possibilità delle Amministrazioni aggiudicatrici di contattare in ogni modo i possibili contraenti, nell’Ue o fuori dall’Ue, incaricare agenti che abbiano contatti migliori nei 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.

La Commissione si rende conto dell'aumento eccezionale della domanda di determinati beni, prodotti e servizi rispetto all'offerta sul mercato: la soluzione a tale problema sarebbe dunque quello di *«cercare soluzioni alternative e possibilmente innovative, che potrebbero già essere disponibili sul mercato o potenzialmente fruibili in tempi (molto) rapidi»* (par. 1, 8° Capoverso). Gli acquirenti pubblici in questo senso devono individuare *«soluzioni e interagire con i potenziali fornitori al fine di valutare se tali alternative soddisfino le loro esigenze»* (par. 1, *idem*).

Proprio su questo aspetto, che probabilmente è il punto più debole del compratore pubblico italiano, la Commissione insiste. Il quadro dell'UE, si osserva, *«conferisce agli acquirenti pubblici piena facoltà di interagire con il mercato e di impegnarsi in attività di matchmaking (incontro tra domanda e offerta)»* (par. 1, 9° Capoverso). Gli esempi sono molteplici e la Commissione richiama varie possibilità di interazione con il mercato per stimolare l'offerta.

Le procedure urgenti, afferma la Commissione, *«potrebbero rivelarsi uno strumento più affidabile per ottenere un miglior rapporto qualità-prezzo e un accesso più ampio alle forniture disponibili»* (par. 1, *idem*). La soluzione è intravista nell'utilizzo di strumenti digitali innovativi per suscitare interesse negli operatori in grado di proporre soluzioni alternative. In questo senso, possono essere organizzati eventi *«per trovare nuove soluzioni che consentano di riutilizzare le mascherine protettive dopo idonea pulizia, per promuovere idee su come proteggere in modo efficace il personale medico e per individuare metodi di rilevamento del virus nell'ambiente etc.»*. I compratori pubblici *«possono inoltre collaborare più strettamente con ecosistemi di innovazione o reti di imprenditori, che potrebbero proporre soluzioni»* (par. 1, *idem*).

Nei paragrafi successivi la Commissione compie un riepilogo dei termini di tutte le procedure, sia ordinarie che straordinarie (e cioè procedure competitive con negoziazione senza pubblicazione del bando).

L'emergenza implica la necessità per le Amministrazioni di avviare procedure diverse rispetto a quelle ordinarie che, normalmente, richiederebbero dai 15 ai 10 giorni solo per la presentazione delle offerte (accelerata aperta oppure ristretta).

In conclusione «*le procedure negoziate senza previa pubblicazione possono dare la possibilità di soddisfare le esigenze immediate*» e servono a colmare la lacuna fino a quando non sarà possibile trovare soluzioni più stabili, quali contratti quadro di forniture e servizi aggiudicati tramite procedure regolari (comprese quelle accelerate) (par. 2.3.4).

5. Le modifiche intervenute sul Codice dei contratti pubblici ad opera del D.L. 18/2020

Qualche cenno meritano le modifiche al Codice dei contratti pubblici introdotte dal D.L. 18/20 che tuttavia intervengono in maniera marginale sul Codice dei contratti.

Si tratta principalmente di misure che dovrebbero incentivare le imprese private a contribuire all'offerta di beni e servizi per l'emergenza.

L'art. 91 del D.L. 18/20 prevede che all'art. 35 c. 18 del Codice dei contratti sia aggiunta la previsione per cui è permesso di erogare le anticipazioni di cui alla stessa norma anche nei casi di consegna in via d'urgenza ai sensi del comma 8 dello stesso art. 35.

È evidente, in questa disposizione, la finalità di sostenere gli appaltatori a cui sia affidato un contratto di appalto strettamente connesso con la risoluzione di problematiche emergenziali.

Altre disposizioni contenute nel decreto invece sono connesse alla finalità di semplificazione.

A questo proposito l'art. 99 del D.L. 18/20 dispone che nella vigenza dello stato di emergenza deliberato dal Consiglio dei ministri in data 31 gennaio 2020 e, in ogni caso sino al 31 luglio 2020, siano consentiti «*affidamenti diretti, senza previa consultazione di due o più operatori economici*», se ricorrono, in via congiunta, i seguenti elementi:

1. l'affidamento avvenga da parte di Aziende, Agenzie e di enti del Servizio sanitario nazionale;
2. l'acquisizione riguardi forniture e servizi da utilizzare nelle attività di contrasto dell'emergenza COVID-19;
3. l'acquisizione sia finanziata in via esclusiva tramite donazioni di persone

- fisiche o giuridiche private, ai sensi dell'art. 793 c.c.;
4. l'acquisizione sia per importi non superiori alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50;
 5. l'affidamento sia conforme al motivo delle liberalità.

La norma precisa che per le erogazioni liberali ciascuna pubblica amministrazione beneficiaria attua apposita rendicontazione separata. Al termine dello stato di emergenza nazionale da COVID-19, tale separata rendicontazione dovrà essere pubblicata da ciascuna pubblica amministrazione beneficiaria sul proprio sito internet o, in assenza, su altro idoneo sito *internet*, al fine di garantire la trasparenza della fonte e dell'impiego delle suddette liberalità.

Per come delineata, si ritiene che la norma avrà un effetto molto limitato essendo applicabile solamente agli appalti di servizi e forniture sotto soglia, interamente finanziati da donazioni di privati.

L'art. 75 prevede una semplificazione per una particolare specie di appalti pubblici, cioè quelli a contenuto tecnologico.

Secondo la norma, le amministrazioni aggiudicatrici, sono autorizzate, sino al 31 dicembre 2020 ad 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 un bando di gara ai sensi dell'articolo 63, comma 2, lett. c), del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*» selezionando l'affidatario tra almeno quattro operatori economici, di cui almeno una «*start-up innovativa*» o una «*piccola e media impresa innovativa*», iscritta nell'apposita sezione speciale del registro delle imprese (art. 75 c. 1 D.L.).

Si ritiene che con questa norma apparentemente fuori contesto, il legislatore abbia pensato ad una possibile declinazione degli appalti innovativi come strumenti essenziali per il superamento della crisi.

Infine, al comma 3 dell'art. 75, per semplificare il procedimento, rispetto agli oneri per le imprese, il legislatore ha previsto che le amministrazioni «*possono stipulare il contratto previa acquisizione di una autocertificazione dell'operatore economico aggiudicatario attestante il possesso dei requisiti generali, finanziari e tecnici, la regolarità del DURC e l'assenza di motivi di esclusione secondo segnalazioni rilevabili dal Casellario Informativo di ANAC, nonché previa verifica del rispetto delle prescrizioni imposte dalle disposizioni del codice delle leggi*

antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159». Al termine delle procedure di gara, le amministrazioni stipulano immediatamente il contratto ed avviano l'esecuzione degli stessi, anche in deroga ai termini di cui all'articolo 32 del decreto legislativo n. 50 del 2016 (in particolare commi 8 e 9). Si rammenta che tali termini sono stati previsti a garanzia degli altri concorrenti per permettergli l'impugnazione dell'aggiudicazione prima della stipulazione del contratto.

6. Brevi conclusioni

Da quanto esposto emerge come la situazione emergenziale abbia spinto l'ordinamento nazionale e sovranazionale a rivalutare le procedure competitive con negoziazione senza pubblicazione del bando.

Le stesse garantirebbero approvvigionamenti in tempi rapidi per le strutture sanitarie impegnate nella cura dei pazienti contagiati dal Corona virus.

Le misure sono state calate in disposizioni provvisorie (contenute nelle ordinanze) nonché in norme ordinarie (si pensa in particolare all'art. 75 D.L. 18/20).

Certamente, l'esperienza porta a considerare che fenomeni complessi possano essere gestiti solamente cambiando l'ottica sulle procedure. Una notazione che dovrebbe indurre le Amministrazioni italiane –anche dopo l'emergenza - ad abbandonare cattive prassi che hanno l'unico effetto (non utile) di rendere difficile ogni acquisto, anche il più essenziale.

La posizione della Commissione risulta ancora più progressista: la procedura competitiva con negoziazione senza pubblicazione del bando *«potrebbero rivelarsi uno strumento più affidabile per ottenere un miglior rapporto qualità-prezzo e un accesso più ampio alle forniture disponibili»* (par. 1, Capoverso 9°). E questo appare un paradosso, considerando che la procedura senza pubblicazione di bando implica un'oggettiva limitazione della concorrenza^[16]. Ma da ciò non se ne deduce, per seguire l'impostazione della Commissione, che non sia proprio questa la procedura migliore in specifiche circostanze^[17].

Un'ulteriore osservazione va posta all'attenzione del lettore.

La visione strategica della Commissione europea è piuttosto chiara e risuona con altri documenti istituzionali^[18]: di fronte alla scarsità dell'offerta sul mercato per

fronteggiare l'emergenza le Amministrazioni pubbliche degli Stati membri devono affidarsi a moduli di confronto con il mercato "flessibili" rispetto alle consuete modalità di approccio.

La Commissione parla di attività di *matchmaking* (incontro tra domanda e offerta): in questo le procedure elettroniche e nuove forme di confronto a distanza potrebbero essere preziosi alleati. Si propone, nella Comunicazione, l'organizzazione di eventi *hackathon* per trovare nuove soluzioni che consentano di riutilizzare le mascherine protettive dopo idonea pulizia, per promuovere idee su come proteggere in modo efficace il personale medico e per individuare metodi di rilevamento del virus nell'ambiente, etc..

È evidente che solamente raccogliendo questa sfida i compratori pubblici saranno in grado di stimolare gli operatori del mercato ad attuare soluzioni, anche innovative, per soddisfare i fabbisogni emergenziali delle comunità nazionali.

Ma questa sembra evidentemente, oltre che una sfida per il presente, una sfida per il futuro se si vorranno porre le basi per un rilancio delle economie nazionali dopo la dura pausa forzata.

E questo agevola un'ultima considerazione.

Seppure alcune modifiche contenute nell'ultimo D.L. possano essere salutate con favore per far fronte all'emergenza, non si può condividere la scelta di inserire disposizioni transitorie in una disciplina generale quadro quale quella contenuta nel Codice degli appalti (ad esempio, l'art. 99 regna fino al 31 luglio 2020 e il 75 fino al 31 dicembre 2020).

Peraltro c'è da sperare che il legislatore stia pensando a quali saranno le misure serie per rivitalizzare il mercato e incentivare gli operatori economici a partecipare alle gare pubbliche. E ci si riferisce ad altre tipologie di appalti – ad esempio infrastrutturali – che possano risollevarle le sorti economiche del Paese dopo la calamità sanitaria.

La ripresa potrà avvenire solamente da un generale ripensamento di sistema in grado di "spingere gentilmente" le pubbliche amministrazioni all'attivazione di buone prassi^[19] che consentano acquisti efficienti e pagamenti tempestivi^[20].

Un processo che dovrà essere accompagnato da ingenti investimenti pubblici che incentivino l'offerta sul mercato degli operatori.

Solamente in questo modo si potrà vedere qualche spiraglio per ripartire.

CERIDAP

1. Si rinvia a V. Angiolini, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1986 e R. Cavallo Perin, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Giuffrè, Milano, 1990.
2. Secondo l'art. 1 dell'Ordinanza i Soggetti attuatori sono soggetti «*individuati anche tra gli enti pubblici economici e non economici e soggetti privati che agiscono sulla base di specifiche direttive*» (Art. 1 comma 1 Ordinanza n. 630/20). Dunque, al fine di considerare soggetto attuatore, è necessario un ulteriore provvedimento che li definisca tali.
3. Più in specifico, per quel che ci riguarda, le iniziative di carattere urgente finalizzate «*ad acquisire la disponibilità di personale, beni e servizi, individuando altresì idonee procedure amministrative di carattere informativo e di tempestivo intervento nell'ambito della definizione di un quadro di misure operative, anche strutturali, di carattere preparatorio per fronteggiare adeguatamente possibili situazioni di pregiudizio per la collettività*». In particolare: «*all'acquisizione di farmaci, dispositivi medici, di protezione individuale, e bio[medici]cidi*» nonché «*al ripristino o potenziamento, anche con procedure di somma urgenza, della funzionalità dei servizi pubblici e delle infrastrutture necessari al superamento dalla specifica emergenza ed all'adozione delle misure volte a garantire la continuità di erogazione dei servizi di assistenza sanitaria nei territori interessati, anche mediante interventi di natura temporanea*» (art. 1 c. 2 lett. a) e b) Ordinanza).
4. In particolare l'ordinanza contiene una deroga rispetto i termini di redazione della perizia giustificativa dell'intervento (secondo l'art 163 c. 4 dieci giorni), di controllo dei requisiti per la partecipazione alla gara (che tuttavia devono essere eseguiti secondo l'art. 163 c. 7 prima del pagamento anche parziale delle prestazioni) e di invio degli atti all'ANAC nonché agli organi di controllo.
5. Comunicazione Commissione 1 aprile 2020, C108 I, recante “Orientamenti della Commissione europea sull'utilizzo del quadro in materia di appalti pubblici nella situazione di emergenza connessa alla crisi della Covid-19”, par. 1, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=OJ:C:2020:108I:FULL&from=IT>.
6. Si tenga conto infatti che il comma 12 dell'art. 35 prevede che: «Se gli appalti pubblici di forniture o di servizi presentano caratteri di regolarità o sono destinati ad essere rinnovati entro un determinato periodo, è posto come base per il calcolo del valore stimato dell'appalto:a) il valore reale complessivo dei contratti analoghi successivi conclusi nel corso dei dodici mesi precedenti o dell'esercizio precedente, rettificato, ove possibile, al fine di tenere conto dei cambiamenti in termini di quantità o di valore che potrebbero sopravvenire nei dodici mesi successivi al contratto iniziale;b) il valore stimato complessivo dei contratti successivi aggiudicati nel corso dei dodici mesi successivi alla prima consegna o nel corso dell'esercizio, se questo è superiore ai dodici mesi».
7. Si presume che non si possa prescindere invece dalla designazione dell'Amministrazione aggiudicatrice, quale Soggetto attuatore, secondo quanto previsto dal comma 1 dell'art. 1 dell'Ordinanza n. 630/2020.
8. Si ricorda che i Soggetti attuatori sono legittimati ad acquisire contratti di appalto secondo le regole speciali contenute nell'Ordinanza n. 630/20 e sono appositamente designati con

CERIDAP

- provvedimenti *ad hoc* tra gli Enti pubblici.
9. Consip è stato qualificato Soggetto attuatore ai sensi dell'Ordinanza, con DPCM 2 marzo 2020 n. 666.
 10. <https://www.ilsole24ore.com/art/coronavirus-gara-consip-veloce-subito-ospedali-quasi-400mila-tamponi-e-kit-67mila-test-ADIFZmC>
 11. <https://www.consip.it/bandi-di-gara/gare-e-avvisi/procedura-negoziata-durgenza-per-dispositivi-di-protezione-individuali-e-apparecchiature-elettromedicali-destinati-allemergenza-covid-19>
 12. Si precisa che mentre per alcuni lotti, l'Amministrazione ha aggiudicato le forniture per un quantitativo anche maggiore di beni rispetto a quelli previsti, per altri lotti le quantità sono inferiori (es. mascherine chirurgiche, mascherine FFP3, guanti protettivi, camici) e per alcuni di essi la procedura è rimasta ancora aperta per la quantità residua (lotto n. 15 cuffie). Nel corso della procedura CONSIP ha dovuto riaprire i termini per la presentazione delle offerte posto che alcuni lotti non hanno raggiunto gli importi di cui al bando (per lo più quelli riferiti ai DPI (mascherine, guanti, camici chirurgici, visiere, e prodotti piuttosto particolari di disinfezione) ed altri sono andati deserti (camici impermeabili, occhiali protettivi modello maschera e visiere).
 13. <https://www.consip.it/bandi-di-gara/gare-e-avvisi/procedura-negoziata-kit-diagnostici-per-coronavirus-per-l-emergenza-covid-19>
 14. Interrogazione on. Giachetti, 26 marzo 2020, Camera dei Deputati 3-1377.
 15. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020XC0401\(05\)&from=IT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020XC0401(05)&from=IT)
 16. T.A.R. Campania, Napoli (sez. III), 8 maggio 2015, n. 2565; Cons. St. (sez. V), 30 aprile 2014 n. 2255; Cons. St. (sez. III), 10 luglio 2015, n. 3488; Cons. St. (sez. V), 13 giugno 2016, n. 2529.
 17. In questo senso pare depongano le stesse Linee Guida ANAC 13 settembre 2017 n. 950 recante "Ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili".
 18. Ci si riferisce alla Comunicazione della Commissione 15 maggio 2018 "Una nuova agenda europea per la ricerca e l'innovazione – L'opportunità dell'Europa di plasmare il proprio futuro", <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1585940634810&uri=CELEX:52018DC0306>.
 19. R. G. Thaler – Cass R. Sustain, *La spinta gentile*, Feltrinelli 2008.
 20. E' dovuta intervenire la Commissione con una procedura di infrazione per richiamare l'Italia al rispetto dei termini di pagamento dei contraenti privati negli appalti pubblici (procedura 2017/2090). Il Legislatore italiano per porre rimedio al grave fenomeno dei ritardati pagamenti è intervenuto con la L. 3 maggio 2019 "Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea" con cui è stato inserito l'art. 113-*bis* al Codice dei contratti pubblici. Nonostante ciò, nel 2018 l'Italia è stata destinataria di un aggravamento della procedura constatando che ad

CERIDAP

oltre tre anni dall'avvio della procedura di infrazione le Amministrazioni italiane necessitano in media di cento giorni per saldare le fatture. Con L. 37/2019, l'art. 113-*bis* è stato modificato prevedendo che con decorrenza dal 26 maggio 2019 il certificato di pagamento dovrà essere emesso contestualmente al SAL (stato di avanzamento lavori) con possibile slittamento non superiore a sette giorni. Il pagamento dovrà essere emesso dopo 30 giorni dal SAL se non diversamente pattuito (in casi eccezionali motivati e comunque non oltre 60 giorni). Che sia la volta buona?