

Provvedimenti emergenziali di interesse per gli appalti

A domanda Risponde Stefano USAI

16 aprile 2020 dalle ore 15.00 alle 15.30

COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE
Orientamenti della Commissione europea
sull'utilizzo del quadro in materia di appalti
pubblici nella situazione di emergenza
connessa alla crisi della Covid-19

La comunicazione potrebbe essere letta anche come invito a "*sblindare*" da cavilli le previsioni contenute nel codice (e nell'articolo specifico).

Molti interventi in questo periodo

Comunicazione della CE

Gli acquirenti pubblici possono prendere in considerazione varie opzioni:

- in primo luogo, in caso di urgenza possono avvalersi della **possibilità di ridurre considerevolmente i termini per accelerare le procedure aperte o ristrette.**
- Se tali margini di manovra non fossero sufficienti, possono ricorrere a **una procedura negoziata senza previa pubblicazione.** Infine potrebbe anche essere consentita **l'aggiudicazione diretta a un operatore economico preselezionato,** purché quest'ultimo sia l'unico in grado di consegnare le forniture necessarie nel rispetto dei vincoli tecnici e temporali imposti dall'estrema urgenza.
- Gli acquirenti pubblici dovrebbero inoltre prendere in considerazione **la ricerca di soluzioni alternative e interagire con il mercato.**

Comunicazione della CE

- In concreto, la procedura negoziata senza previa pubblicazione consente agli acquirenti pubblici di acquistare forniture e servizi entro il termine più breve possibile.
- Art. 32 della direttiva 2014/24/UE («la direttiva»), tale procedura consente agli acquirenti pubblici **di negoziare direttamente con i potenziali contraenti** e non sono previsti obblighi di pubblicazione, termini, numero minimo (*nda non nel nostro ordinamento*) 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.**

Comunicazione della CE – procedure aperte e ristrette

Casi di urgenza — Termini ridotti -

- Se sussiste l'urgenza, la direttiva prevede una riduzione sostanziale dei termini generali: nel quadro della procedura aperta il termine per la presentazione delle offerte può essere ridotto a 15 giorni in casi di urgenza debitamente motivata; nel quadro della procedura ristretta, il termine per la presentazione di una domanda di partecipazione può essere ridotto a 15 giorni e quello per la presentazione di un'offerta a 10 giorni. Ciò consente una rapida aggiudicazione dell'appalto.

Comunicazione della CE – procedure aperte e ristrette

Casi di estrema urgenza — Procedura negoziata senza previa pubblicazione

Tra gli orientamenti si riporta la riflessione sulla utilità, in situazioni estreme, dell'affidamento diretto (ex art. 63 e quindi anche sopra soglia comunitaria) "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)".

Comunicazione della CE – procedure aperte e ristrette

Tutte condizioni, si sottolinea, che devono essere soddisfatte cumulativamente "e interpretate in senso restrittivo (cfr. ad esempio le cause C- 275/08, Commissione/Germania, e C-352/12, Consiglio Nazionale degli Ingegneri). 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 se solo un'impresa è in grado di fornire i risultati richiesti nel rispetto dei vincoli tecnici e temporali imposti dall'estrema urgenza**».

Ogni amministrazione aggiudicatrice, e quindi il RUP, "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(19). Nella valutazione individuale di ogni singolo caso devono essere soddisfatti i criteri cumulativi illustrati qui di seguito".

ANAC

Deliberazione

9/4/2020 n. 312

- *Prime indicazioni in merito all'incidenza delle misure di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 sullo svolgimento delle procedure di evidenza pubblica di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e s.m.i. e sull'esecuzione delle relative prestazioni.*

ANAC

Deliberazione 9/4/2020 n. 312

L'Autorità ritiene opportuno fornire le seguenti indicazioni al fine di garantire, durante l'emergenza sanitaria, l'adozione di comportamenti omogenei ed uniformi da parte delle stazioni appaltanti nello svolgimento delle procedure di gara e nella relativa fase di esecuzione.

A tal fine, ferme restando le indicazioni contenute nella Comunicazione della Commissione europea (2020/C 108 I/01) che individua, in particolare, le opzioni e i margini di manovra possibili a norma del quadro dell'UE in materia di appalti pubblici per l'acquisto di forniture, servizi e lavori necessari per affrontare la crisi,

Procedure di gara per le quali non si è ancora addivenuti alla pubblicazione del bando di gara, dell'avviso o dell'invito a presentare offerte.

- La delibera, si sofferma **su tre momenti** del procedimento amministrativo contrattuale prendendo in considerazione **le procedure che devono essere avviate, i procedimenti in corso e la fase esecutiva del contratto.**
- La delibera segue anche le indicazioni fornite dal Ministero per le Infrastrutture e Trasporti il 23 Marzo
- L'art. 37 DL 23/2020 (Termini dei procedimenti amministrativi e dell'efficacia degli atti amministrativi in scadenza) ha postposto la "sospensione" di cui già all'articolo 103 del DL 18/2020 ; testualmente il comma 1 ***"Il termine del 15 aprile 2020 previsto dai commi 1 e 5 dell'articolo 103 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, è prorogato al 15 maggio 2020"*** .

Procedure di selezione in corso di svolgimento

- Il **primo obiettivo**, quindi, è quello di evitare comportamenti *anarchici* a seconda del RUP e della Stazione appaltante.
- Le stazioni appaltanti, pertanto (meglio sarebbe dire i RUP) sono tenuti ad adottare comportamenti – in relazione a procedimenti per i quali non si è ancora proceduto **con la pubblicazione del bando (nelle gare pubbliche) o all’invio delle lettere di invito** (nelle procedure semplificate ex art. 36, ex art. 63 ma anche nelle procedure ristrette “classiche”) – rispettosi della situazione e delle varie esigenze degli stessi potenziali contraenti.

Procedure di selezione in corso di svolgimento

In primo luogo il RUP **si deve porre il problema se differire o meno** *“l’avvio delle procedure di gara già programmate tenendo conto dell’urgenza di approvvigionamento, della necessità di prevedere il sopralluogo o la consultazione sul posto di atti o documenti, della complessità delle operazioni richieste per la preparazione delle offerte”*.

Il comportamento istruttorio del RUP deve tener conto della finalità che deve essere garantita e che è quella, evidentemente, **partecipativa** ovvero assicurare in *“ogni caso, la massima partecipazione alla procedura e di favorire l’agevole adempimento degli oneri di partecipazione, delle difficoltà organizzative interne connesse alla situazione di emergenza”*.

Procedure di selezione in corso di svolgimento

• Da notare che con una recente comunicazione (deliberazione n. 289/2020) la stessa autorità ha formalmente posto al Governo la questione dell'esenzione della tassa sulla gara (gravante a seconda dell'importo anche sulle stazioni appaltanti) chiedendo la possibilità di utilizzare, a compensazione della mancata entrata, i propri avanzi.

• E' bene evidenziare, anche in ossequio alle indicazioni nazionali che le amministrazioni – si legge testualmente – *“dovrebbero avviare soltanto le procedure di gara **ritenute urgenti e indifferibili**, adottando tutte le cautele volte a favorire la massima partecipazione e garantire la par condicio tra i concorrenti”*.

La questione si pone in modo piuttosto rilevante – e si rinvia sul tema alle indicazioni fornite nell'allegato 1 del DPCM 22 marzo 2020 (sulle attività consentite) -.

Trasparenza alle misure adottate

Di ogni misura adottata, per la gestione dei procedimenti durante il periodo, **il RUP deve fornire adeguata pubblicità e trasparenza** (a sommo parere anche predisponendo una apposita sezione *ad hoc* nel sito della stazione appaltante).

- Secondo l'ANAC di tali misura dovrebbe essere data pubblicità attraverso "*avviso pubblico riferito a tutte le gare*".

Una prima precisazione che i RUP – ciascuno, ovviamente, per competenza – dovranno fornire attiene **alla corretta interpretazione delle disposizioni contenute nell'articolo 103 del DL 18/2020** puntualizzando che tale sospensione "*si applica a tutti i termini stabiliti dalle singole disposizioni della lex specialis*" (già l'ANCI con nota **8/4/2020**).

Quali termini?

- Ciò premesso, nella delibera si specifica che la sospensione riguarda sia i termini:
 - "***iniziali***" relativi alla presentazione delle domande di partecipazione e/o delle offerte;
 - sia quelli "***endoprocedimentali***" *tra i quali, a titolo esemplificativo, quelli relativi al procedimento di soccorso istruttorio e al sub-procedimento di verifica dell'anomalia e/o congruità dell'offerta* sia quelli *"previsti per l'effettuazione di sopralluoghi.*

Il “problema” del sopralluogo al tempo del coronavirus

(I RUP) valutano la possibilità di rinunciare al sopralluogo obbligatorio previsto dalla lex specialis di gara nei casi in cui lo stesso non sia strettamente necessario per la formulazione dell’offerta, prevedendo adeguate forme di pubblicità della decisione.

- Nel caso in cui tale adempimento sia considerato essenziale ai fini della consapevole formulazione di un’offerta, considerando che allo stato si tratta di un adempimento inesigibile dagli operatori, le stazioni appaltanti valutano, caso per caso, una proroga dei termini di presentazione delle offerte al fine di consentire l’effettuazione del sopralluogo in data successiva al 15 maggio 2020.*

Il “problema” del sopralluogo al tempo del coronavirus

- *Nel caso in cui tale adempimento sia considerato essenziale ai fini della consapevole formulazione di un’offerta, considerando che allo stato si tratta di un adempimento inesigibile dagli operatori, le stazioni appaltanti valutano (nda i RUP), caso per caso, una proroga dei termini di presentazione delle offerte al fine di consentire l’effettuazione del sopralluogo in data successiva al 15 maggio 2020.*
- Già in fase di predisposizione degli atti il RUP deve “alleggerire” il procedimento ... non dovrà attendere ad esempio, che sia l’appaltatore a fare istanza a fare domanda di proroga...
- Specificare bene le varie possibilità di effettuare il sopralluogo con delega (per le partecipazioni concertate es. in RTI) anche a soggetti *in loco*.
- **Il RUP (e ciò vale per ogni con riferimento ad tipo di approccio istruttorio) dovrà facilitare l’espletamento dell’adempimento con minor aggravio possibile per gli operatori economici**

Le commissioni/ seggio di gara/adempimenti

IRUP, valutano la possibilità di prevedere lo svolgimento delle sedute riservate della commissione giudicatrice **di cui all'articolo 77 del decreto legislativo n. 50 del 18/4/2016** in streaming o con collegamenti da remoto, anche laddove tale modalità non sia prevista nel bando di gara, assicurando comunque la verbalizzazione delle operazioni svolte. In tali casi adottano tutte le misure necessarie a garantire la **riservatezza** delle comunicazioni e la trasparenza delle operazioni;

IRUP, valutano la possibilità di adottare modalità di adempimento degli obblighi connessi alla partecipazione alle procedure di affidamento compatibili con le misure restrittive in atto, ad esempio, consentendo il pagamento dell'imposta di bollo con modalità telematiche.

L'attività del RUP

L'attività del RUP diretta ad assicurare, laddove sia possibile, o il completamento del procedimento (ad esempio se l'appaltatore a cui è già stato chiesto l'integrazione tramite soccorso istruttorio intende adempiere tempestivamente il RUP non potrà che condividere tale iniziativa) utilizzando le risorse telematiche e negli altri casi avvalendosi delle possibilità di disapplicare le sospensioni disposte.

In particolare, il RUP potrà valutare di procedere con la disapplicazione *"della sospensione di alcuni termini di gara previsti a favore dei concorrenti, precisando per quali termini conseguenti resta ferma l'applicazione dell'articolo 103, comma 1, del decreto-legge n. 18/2020, così come modificato dall'articolo 37 del decreto-legge n. 23 dell'8/4/2020"*.

L'attività del RUP

Detta possibilità, si legge nella delibera, deve ritenersi ***"consentita, nelle procedure ristrette o negoziate, in cui sono noti i partecipanti, già a partire dal termine per la presentazione delle offerte e, per tutte le procedure, con riferimento ai termini relativi alle fasi successive di gara. Nel caso in cui le amministrazioni intendano avvalersi di tale previsione possono acquisire preventivamente la dichiarazione dei concorrenti in merito alla volontà di avvalersi o meno della sospensione dei termini disposta dal decreto-legge n. 18/2020, così come modificato dall'articolo 37 del decreto-legge n. 23 dell'8/4/2020"***.

Deve essere evitata, per intendersi, ogni forzatura stante la prerogativa legislativa della sospensione.

Altri suggerimenti al RUP

- potrebbero concedere proroghe e/o differimenti ulteriori rispetto a quelli previsti dal decreto-legge 18/2020, anche su richiesta degli operatori economici, laddove l'impossibilità di rispettare i termini sia dovuta all'emergenza sanitaria;
- *potrebbero valutare "la possibilità di svolgere le procedure di gara con modalità telematiche anche nel caso in cui tale previsione non fosse contenuta nel bando di gara, previa adeguata comunicazione ai concorrenti mediante avviso pubblico e fatta salva l'esigenza di garantire, in ogni caso, la pubblicità e la trasparenza delle operazioni di gara".*

Modifiche anche sostanziali del bando con una semplice misura di trasparenza: da ritenersi consentita visto che si tratta di provvedimenti che non "riducono" le prerogative della partecipazione e/o "peggiorano" le condizioni iniziali trattandosi di misure volte a concludere tempestivamente i procedimenti "favorendo" in sostanza la definizione dei rapporti

Altri suggerimenti al RUP

- Nella delibera si prevede anche che *“per le procedure di gara svolte con modalità non telematiche”, i RUP “valutano la possibilità di svolgere le sedute pubbliche a distanza, ad esempio, in video-conferenza, **concedendo ai concorrenti un congruo termine per le conseguenti attività organizzative e prevedendo adeguate forme di pubblicità della decisione”.***

Fase di esecuzione del contratto

- Riferimento alla responsabilità non imputabile per ritardi nell'esecuzione determinata dal Covid - 19
- L'emergenza sanitaria in atto è valutata quale causa di forza maggiore che giustifica il ritardo nell'esecuzione delle prestazioni contrattuali, escludendo l'applicazione delle penali di cui all'articolo 113-bis, comma 2, del codice dei contratti pubblici.

- Le misure esplicitate nella delibera e quelle adottate hanno efficacia per il tempo dell'emergenza

QUESITI

• Chiedo se è possibile/consentito, in questa fase di emergenza e lavoro in modalità smart working, poter effettuare la fase della firma digitale, **a distanza**, anche per contratti da stipularsi in forma pubblico-amministrativa.

Come ci si deve comportare con la Ditta affidataria del servizio di pulizia che, a causa dell'emergenza **sanitaria non ha effettuato parte del servizio**? Si può procedere ad una riduzione dell'importo contrattuale?
Grazie.

La questione dell'articolo 48 del DL 18/2020 (in fase di conversione)

- Chiusura dei servizi prima infanzia - legittimità pagamento corrispettivo
- La relazione del Governo sulla portata dell'art. 48 Relazione del Governo al fine di precisare il senso e la portata della disposizione precisa che "La disposizione prevede che nel periodo di sospensione dei servizi educativi e scolastici,
- Le priorità di tali prestazioni sono individuate dall'amministrazione competente, tramite coprogettazioni con gli enti gestori. **Dette prestazioni sono retribuite ai gestori convenzionati con quota parte dell'importo dovuto per l'erogazione del servizio standard; la corresponsione della restante quota è subordinata alla verifica del mantenimento delle strutture attualmente interdette.**

Tali pagamenti comportano la cessazione dei trattamenti del fondo di integrazione salariale e di cassa integrazione in deroga laddove riconosciuti per la sospensione dei servizi educativi per l'infanzia".

La questione dell'articolo 48 del DL 18/2020 (in fase di conversione)

Deve essere verificata la possibilità di rimodulare i servizi per assicurare una prestazione anche individuale, con riferimento alle modifiche del contratto, in particolare, dovrà essere previamente verificato se possano ricorrere ipotesi ostative, **coincidenti con le c.d. modifiche sostanziali e previste dall'art. 106, comma 4, lett. a)** [la modifica introduce condizioni che, se fossero state contenute nella procedura d'appalto iniziale, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione], e dalla lett. b) [la modifica cambia l'equilibrio economico del contratto o dell'accordo quadro a favore dell'aggiudicatario in modo non previsto nel contratto iniziale].

La questione dell'articolo 48 del DL 18/2020 (in fase di conversione)

- (ANCI Emilia Romagna) In proposito, gli atti con i quali le PA assumono la decisione di formalizzare la rimodulazione dei servizi (determina a contrarre nell'art. 32 del CCP e determina dirigenziale nell'ipotesi dell'erogazione dei servizi in convenzione) dovrà essere assunta **ad esito di un'approfondita istruttoria e di una motivazione chiara sull'esistenza dei presupposti previsti dal citato art. 48.**

QUESITI

- Con quale motivazione si può sospendere un lavoro in questa fase ? Il sito ANAC è aggiornato per la compilazione delle schede "Sospensione" ?
- Contratto scaduto con associazione del Terzo Settore....possibile affidamento diretto?
- Desidererei sapere se un contratto in forma pubblica è legalmente sottoscritto se viene letto in videoconferenza dal Segretario rogante, con la firma digitale apposta sull'atto da tutte le parti collegate da remoto e dal Segretario medesimo.

QUESITI

- Dobbiamo predisporre una procedura aperta per la gara del randagismo. Al momento, abbiamo prorogato il servizio, nelle more di predisporre i relativi atti.
- E' necessario adottare una **determinazione** per prendere atto della **sospensione di un contratto a causa dell'emergenza Covid-19? (Es. per servizio di trasporto) scolastico**

Art. 107 codice (estesa applicazione ai servizi e forniture dal c. 7)

1. In tutti i casi in cui ricorrano circostanze speciali che impediscono in via temporanea che (...) procedano utilmente a regola d'arte, e che non siano prevedibili al momento della stipulazione del contratto, il direttore (...) **può disporre la sospensione dell'esecuzione del contratto, compilando, se possibile con l'intervento dell'esecutore o di un suo legale rappresentante, il verbale di sospensione, con l'indicazione delle ragioni che hanno determinato l'interruzione (...), nonché dello stato di avanzamento (...), delle opere la cui esecuzione rimane interrotta e **delle cautele adottate affinché alla ripresa le stesse possano essere continuate ed ultimate senza eccessivi oneri**, della consistenza della forza lavoro e dei mezzi d'opera esistenti in cantiere al momento della sospensione. Il verbale è inoltrato al responsabile del procedimento **entro cinque giorni dalla data** della sua redazione.**

DM 49/2018 (sulle funzioni del DL e del DEC) art. 23, c. 1

- 1. Il direttore dell'esecuzione, quando ordina la sospensione dell'esecuzione nel ricorso dei presupposti di cui all'articolo 107, comma 1, del codice, indica, nel verbale da compilare e inoltrare al RUP ai sensi dello stesso articolo 107, comma 1, del codice, **oltre a quanto previsto da tale articolo, anche l'imputabilità delle ragioni della sospensione e le prestazioni già effettuate.**

Verbale

- I riferimenti contrattuali ..data di conclusione prevista
- Le ragioni della sospensione (se si tratta di attività che non può continuare ...o non possibile "conversione"..)
- Il contesto del momento della sospensione (lo stato di fatto)

La disposizione sulla sospensione, il tempo del riavvio, le cautele da adottare ...

... una volta terminato il particolare momento ..un verbale di ripresa ... (comma 3, art. 23)

QUESITI

- Ho aggiudicato la gara di manutenzione del verde pubblico precedentemente all'emergenza COVID. Fatte salve le verifiche di rito per la dichiarazione di efficacia dell'aggiudicazione, **posso regolarmente sottoscrivere il contratto?** Grazie.

QUESITI

- IN QUESTA FASE EMERGENZIALE SANITARIA COME E SE PROCEDERE ALL'AVVISO DI RESCISSIONE DEL CONTRATTO PER MANCATO RISPETTO DEI TEMPI DI ESECUZIONE DEI LAVORI

- In tempo di emergenza COVID 19 E POSSIBILE Proroga termine contrattuale per servizi di pulizia e manutenzione strade e verde pubblico?

nel caso di contratti di locazione o affittanza se il **conduttore richiede sospensione o cancellazione di quanto di competenza quali sono forme e termini della sua richiesta ? si necessita atto di Giunta o atto del responsabile è sufficiente?**

QUESITI

- Per affidamenti sotto soglia comunitaria e' possibile la stipula dei contratti d'appalto con scrittura privata con firma digitale in luoghi differenti? Quali le corrette modalita'?
- Per quali appalti relativi ai lavori pubblici **sono giustificate sospensione/proroghe dei termini per l'esecuzione dei lavori?**
- Procedura di gara su piattaforma ASMEL (valore € 1.052.000) con scadenza offerte già prorogata all'11/05/2020. Si chiede quale procedura seguire per ulteriore differimento (sospensione o proroga) e i termini di pubblicazione di eventuale sospensione.

QUESITI

- questione proroga tecnica doverosamente da effettuarsi come REGOLA, contestualmente all'avvio delle nuove procedure di GARA (come può conciliarsi in fase di sospensione emergenziale ??)
- Si chiede quale sia la strada migliore per gestire le richieste di emissione SAL, **anche senza** raggiungimento dell'importo stabilito dal CSA, avanzate dalle imprese in difficoltà economica per i cantieri fermi: come unire rispetto delle norme e buon senso?
- Sospensione servizi inerenti attività scolastiche (anno scolastico in corso refezione e trasporto) - Eventuali sospensioni attività ricreative estive - **Atti gestionali necessari**