

## **Orientamenti della Commissione UE sulle 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 sanitaria da Covid-19**

### **ABSTRACT**

Con Comunicazione pubblicata sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea del 1 aprile 2020, la Commissione Europea spiega quali sono le opzioni e i margini di manovra possibili nel quadro normativo dell'UE in materia di appalti pubblici per l'acquisto di forniture, servizi e lavori necessari per affrontare l'attuale crisi da Covid-19.

La Commissione europea sottolinea in particolare la possibilità per le Amministrazioni aggiudicatrici di ridurre, per ragioni di urgenza, i termini di presentazione delle offerte nelle procedure aperte e ristrette e, per i casi di estrema urgenza, di adoperare procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando. In particolare, per far fronte all'attuale situazione di estrema urgenza dovuta alla pandemia da Covid-19, la Commissione evidenzia che le direttive UE non contengono vincoli procedurali e consentono agli acquirenti pubblici di effettuare - se necessario - acquisti anche nel giro di giorni o addirittura di ore.

\*\*\*

#### **1. Premessa**

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.

A tal fine, la Commissione Europea compie un'utile ricognizione delle opzioni e dei margini di manovra possibili nel quadro normativo dell'UE in materia di appalti pubblici per l'acquisto di forniture, servizi e lavori necessari per affrontare la crisi.

\*

#### **2. Casi di urgenza - riduzione dei termini nelle procedure aperte e ristrette.**

In primo luogo, in caso di urgenza, è prevista la possibilità di ridurre considerevolmente i termini per accelerare le procedure aperte o ristrette.

A tale proposito, la Commissione ricorda che la direttiva 2014/24/UE consente una riduzione sostanziale dei termini ordinariamente applicabili (possibilità riprodotta, a livello di ordinamento interno, dal D.Lgs. 50/2016).

Sussistendo l'urgenza, le Amministrazioni aggiudicatrici potranno dunque avvalersi dei seguenti termini ridotti:

Procedura	Termini minimi ordinari	Termini minimi ridotti
Procedura aperta	35 giorni (art. 60, comma 1, D.Lgs. 50/2016)	15 giorni (art. 60, comma 3, D.Lgs. 50/2016)
Procedura ristretta (fase 1: domanda di partecipazione)	30 giorni (art. 61, comma 2, D.Lgs. 50/2016)	15 giorni (art. 61, comma 6, lett. a), D.Lgs. 50/2016)
Procedura ristretta (fase 2: presentazione dell'offerta)	30 giorni (art. 62, comma 3, D.Lgs. 50/2016)	10 giorni (art. 61, comma 6, lett. b), D.Lgs. 50/2016)

Divenuta efficace l'aggiudicazione, si ricorda che l'art. 32, comma 8 del D.Lgs. 50/2016 consente all'Amministrazione di dare avvio immediato all'esecuzione del contratto in via d'urgenza *“nelle ipotesi di eventi oggettivamente imprevedibili, per ovviare a situazioni di pericolo per persone, animali o cose, ovvero per l'igiene e la salute pubblica, ovvero per il patrimonio storico, artistico, culturale ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti comunitari”*.

A tale proposito, è certamente di interesse la norma, introdotta dal dl 18/2020 (cd. Cura Italia) che, modificando l'art. 35, comma 18 del codice degli appalti, ha previsto che l'anticipazione del 20% sul valore del contratto di appalto da corrispondere all'appaltatore entro quindici giorni dall'effettivo inizio della prestazione si applichi anche nel caso di consegna in via d'urgenza, ai sensi dell'articolo 32, comma 8 sopra citato.

Mette conto considerare infine che il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, con circolare del 24 marzo 2020, ha chiarito che la sospensione dei termini dei procedimenti amministrativi stabilita dall'art. 103 del citato dl Cura Italia si applica anche alle procedure di gara indette ai sensi del D.Lgs. 50/2016.

Ne deriva che, sino al 15 aprile 2020 (data ultima del periodo di sospensione dei termini procedurali) non potranno in ogni caso decorrere i termini per la presentazione delle domande di partecipazione e/o delle offerte.

\*

### **3. Casi di estrema urgenza — Procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando.**

Se i margini di manovra consentiti dalla riduzione dei termini delle procedure di gara (aperte o ristrette), non fossero sufficienti, la Commissione segnala la possibilità per le Amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando relativamente alla quale non sono previsti termini minimi per procedere all'affidamento e che, dunque, può rappresentare in concreto una modalità estremamente rapida di acquisto.

La norma di legge nazionale applicabile – pedissequamente riproduttiva dell'art. 32, par. 2. lett c) della direttiva UE – è rinvenibile al comma 2, lett. c) del citato art. 63 del codice degli appalti pubblici a mente del quale le amministrazioni aggiudicatrici possono aggiudicare appalti pubblici mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando *“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”*.

Con riferimento a tale modalità di affidamento, la Commissione chiarisce che 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” (viene richiamato in proposito l'art. 84 comma 1, lett. f) della direttiva) che, nell'ordinamento interno, si traduce nell'obbligo per l'amministrazione di darne *“conto con adeguata motivazione, nel primo atto della procedura”* (cfr. art. 63 comma 1 del D.Lgs. 50/2016).

In particolare, per poter ricorrere a tale procedura devono essere soddisfatti i seguenti criteri cumulativi:

- Eventi imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice: a tale proposito chiarisce la Commissione che gli eventi connessi alla diffusione del Covid-19 *“devono essere considerati imprevedibili per qualunque amministrazione aggiudicatrice”*. Nello specifico, per quanto concerne gli ospedali e le altre istituzioni sanitarie, la Commissione precisa quindi che *“in relazione alla fornitura di cure, dispositivi di protezione individuale, ventilatori polmonari, posti letto supplementari e infrastrutture ospedaliere e di terapia intensiva aggiuntive, comprese tutte le attrezzature tecniche, non potevano certamente essere previste e pianificate in anticipo e dunque costituiscono un evento imprevedibile per le amministrazioni aggiudicatrici”*.
- Impossibilità di rispettare i termini di scadenza generali a causa dell'estrema urgenza: anche qui è indubbio che le esigenze immediate degli ospedali e delle istituzioni sanitarie devono essere soddisfatte

con la massima celerità possibile, essendo comunque imprescindibile una valutazione “*caso per caso*” al fine di stabilire se sia impossibile rispettare persino i termini ridotti della procedura accelerata aperta o ristretta (rispettivamente 15 e 10 giorni per la presentazione delle offerte). A tale proposito, degna di nota è la specificazione fatta dalla Commissione per cui la deroga al principio concorrenziale “*non può essere invocata per l’aggiudicazione di appalti che richiedono più tempo di quanto sarebbe stato necessario per dare corso a una procedura trasparente, aperta o ristretta, compresa una procedura accelerata (aperta o ristretta)*”. Pertanto, l’utilizzo della procedura negoziata è consentito per il soddisfacimento delle sole necessità immediate dell’Amministrazione e per il periodo di tempo strettamente necessario al superamento della fase emergenziale.

- Nesso di causalità tra l’evento imprevedibile e l’estrema urgenza: in presenza della pandemia da Covid-19, la Commissione precisa che il nesso di causalità per le esigenze immediate degli ospedali e delle istituzioni sanitarie “*non può essere ragionevolmente messo in dubbio*”, con la precisazione che, soddisfatte tali immediate esigenze, le Amministrazioni dovranno però tornare a fare ricorso a “*soluzioni più stabili*”, quali contratti quadro di forniture e servizi aggiudicati tramite procedure regolari (comprese le procedure aperte e ristrette con termini ridotti di cui si è detto sopra).

\*

Quanto alle modalità per l’individuazione, in concreto, dell’affidatario della fornitura, la Commissione precisa che la procedura negoziata senza previa pubblicazione consente agli acquirenti pubblici di negoziare direttamente con i potenziali contraenti e che tale procedura “*può costituire, di fatto, un’aggiudicazione diretta, soggetta unicamente ai vincoli fisici/tecnici connessi all’effettiva disponibilità e rapidità di consegna*”.

A tale proposito, va comunque ricordato che, a livello nazionale, il comma 6 dell’art. 63 del codice appalti impone di effettuare una previa consultazione di mercato di “almeno” 5 operatori economici, ove presenti in tal numero (“*Le amministrazioni aggiudicatrici individuano gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economica e finanziaria e tecniche e professionali desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e selezionano almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei*”).

Anche nel caso in cui ricorrano gli estremi dell’estrema urgenza, pertanto, non è comunque consentito procedere tramite trattativa privata con un unico soggetto, come evidenziato in tempi non risalenti anche da Anac nella delibera n. 305 del 10 aprile 2019.

Per completezza, va quindi ricordato che, a mente dell’art. 36, comma 2, lett. a) del codice degli appalti pubblici, per importi inferiori a 40.000 Euro, le Amministrazioni possono invece procedere all’affidamento diretto “*anche senza previa consultazione di due o più operatori economici*”.

\*

#### 4. Possibili soluzioni alternative ed interazione sul mercato.

In aggiunta alle sopra elencate modalità di acquisto, la Commissione sollecita le Amministrazioni a “*prendere in considerazione la ricerca di soluzioni alternative e interagire con il mercato*”.

In particolare, la Commissione segnala che, al fine di accelerare gli acquisti pubblici, le Amministrazioni possono anche prevedere di: (i) contattare i potenziali contraenti, nell’UE e al di fuori dell’UE, telefonicamente, via e-mail o di persona; (ii) incaricare agenti che abbiano contatti migliori sui mercati; (iii) inviare rappresentanti direttamente nei paesi che dispongono delle necessarie scorte e possono provvedere a una consegna immediata; (iv) contattare potenziali fornitori per concordare un incremento della produzione oppure l’avvio o il rinnovo della produzione (a tale proposito la Commissione ha cura di specificare che “*Il quadro dell’UE conferisce agli acquirenti pubblici piena facoltà di interagire con il mercato e di impegnarsi in attività di matchmaking (incontro tra domanda e offerta)*”).

Come strumento complementare, gli acquirenti pubblici sono anche incoraggiati a procedere ad appalti congiunti e a trarre vantaggio dalle iniziative di aggiudicazione congiunta della Commissione.