

Gli appalti pubblici al tempo del coronavirus: Focus sul d.l. n. 18 del 2020 (“Cura Italia”)

Nel tentativo di fronteggiare una crisi epidemiologica senza precedenti, è stato pubblicato, il 17 marzo 2020, il Decreto Legge n. 18 (“Decreto Cura Italia”), con cui è stato introdotto un pacchetto di misure per il potenziamento del Servizio Sanitario Nazionale e per il sostegno economico per famiglie, lavoratori ed imprese¹.

Nel decreto sono presenti anche importanti disposizioni in tema di contrattualistica pubblica, sia nel versante degli acquisti (con la previsione di una serie di deroghe alla normativa vigente per garantire una maggiore flessibilità nell’individuazione dell’operatore privato), che in quello della gestione dei contratti (che devono fronteggiare la sospensione di alcune attività e la modifica di altre; oppure l’oggettiva difficoltà nell’assicurare le prestazioni). Sul fronte degli acquisti si sottolineano le norme poste dagli artt. 72 e 75. Con l’art. 72 il decreto “Cura Italia” ha istituito un “Fondo per la promozione integrata”, inizialmente dotato di 150 milioni, finalizzato ad aiutare l’espor-

tazione e l’internazionalizzazione del sistema economico nazionale per il supporto dei settori colpiti dall’emergenza².

La norma stabilisce che, fino al 31 dicembre 2020, l’impresa a cui affidare le prestazioni oggetto dell’iniziativa finanziate con il fondo sarà individuata scegliendo tra cinque offerte senza alcuna pubblicazione di avviso³; la norma rinvia alla procedura dettata dall’art. 63, comma 6, del d.lgs. 50/2016⁴.

Il successivo art. 75, poiché dettato per incentivare la diffusione del “lavoro agile” e dei servizi di rete, sempre sino al 31 dicembre 2020 autorizzando le Stazioni appaltanti ad acquisire beni e servizi informatici e servizi di connettività, attraverso una procedura semplificata selezionando l’affidatario tra quattro operatori, di cui almeno una «start-up innovativa» o un «piccola e media impresa innovativa»⁵. Per la procedura la norma rinvia in questo caso all’art. 63, comma 2 lett. c), del d.lgs. 50/2016⁶.

Lo stesso art. 75 prevede anche una semplificazione per

- 1 Il decreto legge n. 18/2020 (“Cura Italia”), suddiviso in cinque Titoli e 127 articoli, interviene su quattro fronti primari:
 - potenziamento del Sistema Sanitario Nazionale, della Protezione Civile e degli altri soggetti pubblici impegnati sul fronte dell’emergenza;
 - sostegno all’occupazione ed al reddito;
 - supporto al credito;
 - sospensione degli adempimenti fiscali e contributivo.
- 2 Con detto fondo verranno finanziate le seguenti iniziative: a) campagna straordinaria di comunicazione per sostenere le esportazioni e l’internazionalizzazione del sistema economico nazionale nel settore agroalimentare e negli altri settori colpiti dall’emergenza sanitaria; b) potenziamento delle attività di promozione del Paese per l’internazionalizzazione delle imprese e per l’attrazione degli investimenti; c) cofinanziamento di iniziative di promozione dirette a mercati esteri; d) concessione di cofinanziamenti a fondo perduto fino al cinquanta.
- 3 “I contratti di forniture, lavori e servizi possono essere aggiudicati con la procedura di cui all’articolo 63, comma 6, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50” (art. 72, comma 2 lett. a), d.l. 18/2020).
- 4 “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. L’amministrazione aggiudicatrice sceglie l’operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, ai sensi dell’articolo 95, previa verifica del possesso dei requisiti di partecipazione previsti per l’affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta o mediante procedura competitiva con negoziazione” (art. 63, comma 6, d.lgs. 50/2016).
- 5 Le Stazioni appaltanti “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 un «piccola e media impresa innovativa»” (art. 75, comma 1, d.l. 18/2020).
- 6 La procedura negoziata senza previa pubblicazione può essere utilizzata “nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dall’amministrazione aggiudicatrice, i termini per le procedure aperte o per le procedure

la stipula del contratto, derogando al termine dilatorio di 35 giorni tra aggiudicazione e stipula (“stand still”), autorizzando la sottoscrizione immediata del contratto. Semplificate anche le procedure per la verifica del possesso dei requisiti in capo all’aggiudicatario, che potrà autocertificare possesso dei requisiti, regolarità del DURC e l’assenza di iscrizioni nel casellario Anac⁷. Sempre con riguardo agli acquisti, con decreti legge del 2 e 9 marzo il Governo ha anche dettato norme finalizzate a semplificare l’acquisizione di dispositivi di protezione individuale ed altri dispositivi medicali⁸, nonché per l’acquisizione di dispositivi di assistenza ventilatoria⁹. Il Dipartimento della protezione civile, ed i soggetti attuatori individuati con Ordinanza della Protezione Civile del 3 febbraio 2020 n. 630, fino al termine dello stato di emergenza (ad oggi fissata al 31 luglio 2020) sono autorizzati ad acquisire detti dispositivi¹⁰ e altri dispositivi medicali, nonché a disporre pagamenti anticipati dell’intera fornitura, in deroga a molte delle previsioni contenute nel d.lgs. 50/2016¹¹. Tornando al decreto “Cura Italia”, di grande rilievo è la disciplina prevista dall’art. 99 in relazione agli acquisti finanziati da privati: poiché non vi è spesa di denaro pub-

blico, il decreto prevede vistose deroghe alla disciplina del codice dei contratti pubblici, riconoscendo un’estrema semplificazione per l’acquisizione di beni e servizi da parte delle strutture del Servizio Sanitario Nazionale per contrastare il Covid-19.

Qualora il finanziamento provenga esclusivamente da donazioni private e sia di importo inferiore alle soglie europee¹², la norma consente infatti l’affidamento diretto, senza nemmeno dover consultare più operatori economici¹³.

Il decreto “Cura Italia”, oltre alla fase dell’affidamento, si occupa anche dell’esecuzione dei contratti pubblici, ponendo l’importantissima norma che esclude la responsabilità dell’appaltatore laddove l’inadempimento è stato causato dal “rispetto alle misure di contenimento” dell’epidemia.

Detta norma è contenuta nell’art. 91 del decreto, secondo cui non potranno essere ritenuti inadempimenti contrattuali i disservizi o le mancate prestazioni allorché l’appaltatore dimostri che l’inadempimento (che può essere anche totale, con mancanza assoluta della prestazione) sia stato causato dalle misure adottate, direttamente o indirettamente, per contenere il diffondersi dell’epidemia (come

ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati. Le circostanze invocate a giustificazione del ricorso alla procedura di cui al presente articolo non devono essere in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici” (art. 63, comma 2 lettera c), d.lgs. 50/2016).

7 “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” (art. 75, comma 3, d.l. 18/2020).

8 Art. 34 del decreto legge n. 9 del 2 marzo 2020

9 Art. 12 del decreto legge n. 14 del 9 marzo 2020

10 Come individuati dalla circolare del Ministero della Salute n. 4373 del 12 febbraio 2020

11 L’art. 3 dell’Ordinanza della Protezione Civile n. 630 del 3 febbraio 2020 (come modificato dalle Ordinanze nn. 638 e 639) stabilisce una serie di deroghe alle norme dettate dal codice dei contratti. Possono essere derogati i seguenti articoli del d.lgs. 50/2016:

- l’art. 21, allo scopo di autorizzare le procedure di affidamento anche in assenza della delibera di programmazione;
- gli artt. 32, 33, 34, 36, 70, 72, 73, 76 e 98, per consentire la semplificazione della procedura di affidamento e l’adeguamento della relativa tempistica alle esigenze del contesto emergenziale; la deroga agli articoli 76 e 98 è riferita alle tempistiche ed alle modalità delle comunicazioni;
- l’art. 35, per consentire l’acquisizione di beni e servizi omogenei e analoghi, caratterizzati da regolarità, da rinnovare periodicamente entro il periodo emergenziale; nonché il comma 18 dello stesso art. 35, per corrispondere al fornitore l’anticipazione del prezzo fino alla metà del valore del contratto (ed anche in misura maggiore, ove necessario e previa adeguata motivazione) anche senza garanzia;
- gli artt. 37 e 38, per consentire l’acquisizione diretta di lavori, servizi e forniture di qualsiasi importo senza ricorrere alle Centrali di committenza;
- gli artt. 40 e 52, allo scopo di ammettere mezzi di comunicazione diversi da quelli elettronici;
- gli artt. 60, 61 e 85, per semplificare ed accelerare la procedura di scelta del contraente;
- l’art. 63, comma 2 lettera c), consentendo procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando;
- l’art. 95, consentendo di procedere con il criterio del prezzo più basso anche per ipotesi non previste dalla norma;
- l’art. 97, consentendo l’esclusione automatica se le offerte ammesse sono meno di cinque;
- l’art. 31, per autorizzare l’individuazione del RUP tra soggetti appartenenti ad enti diversi dalla Stazione appaltante;
- l’art. 24, per autorizzare incarichi di progettazione a professionisti estranei alla Stazione appaltante;
- gli artt. 25, 26 e 27, per autorizzare la semplificazione della procedura di valutazione dell’interesse archeologico;
- l’art. 157, per consentire procedure semplificate per l’affidamento di incarichi di progettazione;
- l’art. 105, allo scopo di consentire l’immediata efficacia del contratto di subappalto;
- l’art. 106, allo scopo di consentire varianti anche se non previste negli atti di gara.

12 Dal 1° gennaio 2020 le soglie europee sono: € 5.350.000 per i lavori, € 139.000 per servizi e forniture aggiudicate da amministrazioni centrali, € 214.000 per servizi e forniture aggiudicate da altre amministrazioni, € 750.000 per i servizi sociali (art. 35, comma 1, d.lgs. 50/2016).

13 “Per le erogazioni liberali di cui al presente articolo, ciascuna pubblica amministrazione beneficiaria attua apposita rendicontazione separata, per la quale è autorizzata l’apertura di un conto corrente dedicato presso il proprio tesoriere, assicurandone la completa tracciabilità. 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” (art. 99, comma 5, d.l. 18/2020).

la messa in quarantena di personale, l'impiego di personale in misura ridotta per evitare assembramenti, l'invio a lavoro del solo personale dotato di DPI). In questo caso la Stazione appaltante non può comminare sanzioni, quali risoluzioni contrattuali, decadenze o penali; pertanto l'inadempimento non avrà alcuna rilevanza ai fini dell'illecito professionale¹⁴.

Detto art. 91 stabilisce anche che detti inadempimenti escludono la responsabilità prevista dall'art. 1218 del codice civile; ossia la norma che legittima la Stazione appaltante a chiedere il risarcimento dei danni patiti per la mancata prestazione da parte dell'appaltatore. Il legislatore ha invero correttamente fatto propria la norma del codice civile dettata dall'art.

1256, che esclude la responsabilità del debitore nel caso di impossibilità (in questo caso temporanea) di procedere con l'adempimento¹⁵.

Degna di menzione la disposizione contenuta nel secondo comma dell'art. 91, che estende anche agli affidamenti urgenti l'anticipazione del 20% del corrispettivo previsto dall'art. 35, comma 18, del d.lgs. 50/2016¹⁶.

Rammentate le singole disposizioni dell'art. 91 del decreto Cura Italia, si deve rilevare come esso abbia comunque il “merito” di porre a tema il rapporto tra il (rigido) contratto d'appalto, stipulato in condizioni di assoluta norma-

lità, e la situazione sanitaria contingente, che ha “squarciato” ogni precedente convinzione.

Non v'è infatti dubbio che le esigenze delle Stazioni appaltanti, in particolare quelle sanitarie, siano mutate in dipendenza della crisi sanitaria in atto, con la necessità di ridefinire le prestazioni: si pensi a tutte le attività affidate in appalto all'interno degli Ospedali, a partire dai servizi di pulizia e sanificazione, fino ai servizi infermieristici.

Vengono in questo caso in soccorso le norme dettate dal codice dei contratti in tema di modifica contrattuale al

fine di soddisfare il mutato interesse pubblico: viene in rilievo l'art. 106 del d.lgs. 50/2016, tra gli articoli più significativi, almeno per la sua portata concreta, del nuovo codice dei contratti pubblici.

Ritengo che gli istituti che possano meglio rispondere alle esigenze odierne siano quelli che permettono l'affidamento di prestazioni ulteriori (l'affidamento delle prestazioni supplementari o quelle necessarie per eventi imprevisi) o la possibilità di ridisegnare completamente il perimetro delle prestazioni decise al momento dell'indizione della gara.

Le prestazioni supplementari sono regolate dall'art. 106, comma 1, lett. b), del d.lgs. 50/2016, che consente al

RUP di estendere il contratto fino al 50% del valore originario¹⁷, purché le attività ulteriori siano oggettivamente necessarie e sia preferibile (economicamente o tecnicamente) affidare dette attività allo stesso contraente, anziché indire una nuova gara.

La modifica causata da circostanze imprevedute è invece regolata dall'art. 106, comma 1 lett. c), che assegna al RUP la possibilità di ampliare il contratto, sempre nei limiti del 50%¹⁸, in presenza di circostanze oggettivamente imprevedute ed imprevedibili, purché l'estensione non alteri la natura generale del rapporto negoziale.

È evidente che le due forme

di estensione contrattuale trovino nella situazione epidemiologica attuale l'inconfutabile contenuto della “necessità” invocata per le prestazioni supplementari e dell’“impreveduto” postulato dal comma 1, lett. c).

Ma la norma più utile per rendere il rapporto contrattuale più adeguato alla (mutata) situazione – posto che quelle appena commentate prevedono la sola estensione del contratto – è quella dettata al comma 1 lett. e) dell'art. 106, che prevede la possibilità di modificare il contratto senza limiti (né in aumento, né in diminuzione) anche in

Il “Cura Italia”, oltre all'affidamento, si occupa anche dell'esecuzione dei contratti pubblici, ponendo l'importantissima norma che esclude la responsabilità dell'appaltatore laddove l'inadempimento è stato causato dal “rispetto alle misure di contenimento” dell'epidemia

14 Il comma 1 dell'art. 99 inserisce il comma 6 bis all'art. 3 del decreto legge n. 6 del 23 febbraio 2020, stabilendo che “Il rispetto delle misure di contenimento di cui presente decreto è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti”.

15 “Se l'impossibilità è temporanea, il debitore, finché essa perdura, non è responsabile del ritardo dell'inadempimento” (art. 1256, comma 2, codice civile).

16 Lo scopo della disposizione è di assicurare liquidità immediata alle imprese anche nel caso di consegna anticipata per velocizzare l'avvio della prestazione (Relazione illustrativa al Decreto).

17 L'estensione massima è dettata dal comma 7 dell'art. 106.

18 Anche in questo caso l'estensione massima è dettata dal comma 7 dell'art. 106.

assenza di previsione negli atti di gara: la norma condiziona tale possibilità alla sola circostanza che la modifica “non sia sostanziale”, indicazione tuttavia assai ampia visti gli esempi declinati nel comma 4 dello stesso art. 106¹⁹.

In questo periodo si è anche assistito a sospensioni e ad interruzioni di appalti pubblici.

Nel primo caso soccorre l’art. 107 del d.lgs. n. 50/2016, che prevede la sospensione delle prestazioni da parte del RUP o del DEC a causa di eventi imprevisti; essa può avere una durata massima di sei mesi e non prevede il pagamento del corrispettivo. Tuttavia il D.M. n. 49/2018 prevede che, alla ripresa delle attività, venga fissato un nuovo termine al fine di consentire all’appaltatore di recuperare il periodo di sospensione (tale opportunità prescinde da previsioni contrattuali di proroghe, né erode quelle previste negli atti di gara).

In caso di interruzione totale delle attività, per compensare i costi fissi rimasti a carico dell’appaltatore, che non rientrano nella normale alea di impresa²⁰, è possibile percorrere la strada della rinegoziazione delle prestazioni e/o del prezzo (in aumento).

Se l’importo da compensare è inferiore alle soglie comunitarie o al 10% del valore del contratto, soccorrerà l’art. 106, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016. Se l’importo è invece superiore alle soglie si potrà procedere alla modifica del prezzo invocando l’art. 106, comma 1 lettera c), che consente la modifica del contratto per effetto di circostanze impreviste, tra cui provvedimenti dell’autorità.

Attenzione merita anche l’art. 48 del decreto Cura Italia, posto in tema di servizi educativi e scolastici e delle attività socio-sanitarie e socio-assistenziali nei centri diurni per anziani e per persone con disabilità.

Detto articolo prevede che le Amministrazioni pubbliche possano continuare a garantire detti servizi rimodulando, di concerto con i gestori privati, le originarie condizioni contrattuali (anche in deroga alle clausole contrattuali), anche con modalità domiciliari (per i servizi socio-sanitari e socio-assistenziali) o a distanza (per i servizi educativi e scolastici).

Ai gestori privati, anche in caso di rimodulazione delle condizioni di servizio (salvo diverso accordo), deve essere garantito l’importo inizialmente pattuito senza alcuna decurtazione, purché garantiscano il livello di servizio originario, anche a condizioni di servizio rimodulate²¹.

Si segnala infine l’art. 103 del decreto Cura Italia, con cui è stata disposta la sospensione, dal 23 febbraio 2020 al 15 aprile 2020, di tutti i termini per la conclusione dei procedimenti amministrativi.

Al fine di assicurare un’interpretazione uniforme della disposizione, il Ministero delle Infrastrutture e Trasporti ha emanato una circolare ove ha precisato che la sospensione dei termini, ad eccezione dei casi per cui il medesimo articolo 103 prevede l’esclusione, si applica a tutti i procedimenti amministrativi, incluse le procedure disciplinate dal d.lgs. n. 50/2016: le gare stanno pertanto subendo una sospensione ex lege di 52 giorni.

¹⁹ Il comma 4 dell’art. 106 ritiene “sostanziali” (solamente) quelle modifiche che alterano “considerevolmente gli elementi essenziali del contratto originariamente pattuiti”, ritenendo un’alterazione considerevole a) l’introduzione di condizioni che avrebbero consentito la partecipazione alla gara da parte di ulteriori operatori; b) la modifica dell’equilibrio economico a favore dell’appaltatore; c) l’estensione “notevole” dell’ambito di applicazione del contratto; d) la sostituzione dell’aggiudicatario con un nuovo operatore in assenza di previsioni di gara in tal senso. Quattro ipotesi che danno il senso dell’ampio perimetro in cui la Stazione appaltante possa agire.

²⁰ La situazione determinata dalle misure anti Covid-19 non può essere addossata sull’appaltatore per effetto del “rischio di impresa”, in quanto detto rischio è limitato agli eventi che l’imprenditore può controllare, non quelli determinati da forza maggiore.

²¹ La norma precisa che le imprese appaltatrici coinvolte dalla norma non potranno accedere (limitatamente al solo personale dedicato ai servizi qui in commento) alle tutele del fondo d’integrazione salariale e alla cassa integrazione in deroga previste per l’emergenza Covid-19.

