Quotidiano del Sole 24 Ore
Edilizia e Territorio

03 Apr 2020

Coronavirus/2. Le indicazioni della Commissione Ue per snellire gli appalti

Velia M. Leone (*)

L'emergenza del Coronavirus, con il suo impatto straordinario sulla salute e sull'intero sistema sociale ed economico a cui eravamo abituati prima di tale evento, avrà, sicuramente, delle ricadute sull'economia UE, o meglio mondiale, la cui dimensione non è ancora chiara a nessuno. In questo complesso panorama, tra le varie iniziative, il 1° aprile, la Commissione europea ha pubblicato una comunicazione interpretativa sull'applicazione delle norme vigenti in materia di appalti pubblici nella situazione emergenziale dovuta al Covid-19 (la "Comunicazione").

La Comunicazione analizza il quadro vigente - costituito dalle prescrizioni del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (il "Trattato"), dalle direttive UE in materia di appalti (le "Direttive appalti") e dalla giurisprudenza interpretativa della Corte di Giustizia UE (la "Corte") -, e, pur essendo priva di natura cogente, offre una lettura sistematica delle norme, con l'accortezza di sottolineare che, di contro, è solo la Corte a poterle interpretare. Tant'è che la Comunicazione cita alcune sentenze pregresse della Corte, proprio ove svolge le considerazioni di maggiore apertura, segnatamente nel ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione.

Dunque, niente regole nuove, ma un'interpretazione pragmatica di quelle esistenti, spinta dall'attuale situazione emergenziale. In questo senso, la Commissione si comporta da vero regolatore del mercato e, almeno in questa materia, svolge delle considerazioni, che, auspicabilmente, potranno essere utili anche una volta che l'emergenza sarà finita, specialmente per il nostro Paese, che tende ad arroccarsi nella liturgia delle gare pubbliche di lunghezza e complessità, spesso, del tutto inutili.

La Comunicazione ha la funzione di coniugare la crisi Covid-19 con la ratio delle norme in materia di appalti pubblici, la cui base giuridica e "raison d'être" rappresenta uno dei mantra dell'originaria creazione del Mercato comune europeo - antesignano del Mercato interno dell'Unione europea -, ossia la libera, veloce e sicura circolazione dei beni, all'interno, appunto, di un unico mercato, con la conseguente eliminazione dei singoli mercati nazionali. Gli appalti pubblici sono una potente leva di sviluppo del mercato e degli operatori che, attraverso il corretto ed efficiente uso delle risorse pubbliche, possono migliorare il livello di qualità della vita dei cittadini nell'Ue, garantendo migliori servizi e infrastrutture pubbliche. Detto altrimenti, queste regole costituiscono uno dei fondamentali strumenti di politica economica dell'Ue e sono - e saranno ancor di più, una volta che la pandemia sarà stata debellata - una delle chiavi di volta, auspicabilmente, per la ripresa e per dare volano all'industria Ue. Infatti, soddisfatte le esigenze immediate, la Comunicazione raccomanda il ritorno a situazioni più stabili, quali le procedure regolari, che, è auspicio dell'autrice, dovranno, comunque, essere riviste ed adattate a valle di quest'emergenza, esperienza dalla quale, poi, si dovranno trarre delle lezioni nell'ottica di innovare e snellire le procedure d'acquisto.

Una di queste è che la Comunicazione riconosce il valore del tempo: infatti, in questa contingenza, preconizza la ricerca di "soluzioni rapide e intelligenti", accompagnate dalla "agilità nella gestione dell'enorme aumento della domanda di beni e servizi". Coerentemente con tale obiettivo di policy, la Commissione rappresenta una serie di alternative, graduate, volte a velocizzare gli acquisti pubblici, ossia suggerisce di:
1.ridurre, considerevolmente, i termini per accelerare le procedure aperte e ristrette, sfruttando le possibilità previste, in tal senso, dalle Direttive appalti; ove ciò non bastasse
2.ricorrere alla procedura negoziata senza previa pubblicazione, e, infine, anche
3.aggiudicare, direttamente, ad un operatore economico preselezionato, ove questi sia l'unico a poter soddisfare le esigenze dell'acquirente pubblico nei tempi, modi e vincoli tecnici imposti dall'estrema urgenza, evidenziando che, nel caso di appalti in casi di estrema urgenza - che devono essere eseguiti "nel giro di giorni o addirittura di ore" -, le Direttive appalti "non contengono vincoli procedurali". Questo vuol dire che, all'atto pratico, non essendo alcuna fase della procedura disciplinata, le autorità possono agire il più rapidamente possibile e "la procedura può costituire, di fatto, un'aggiudicazione diretta, soggetta unicamente ai vincoli fisici/tecnici connessi all'effettiva disponibilità e rapidità di consegna".

Ecco, dunque, la Commissione riconoscere una gerarchia di valori - la salute e le vite umane - a fronte dei quali, entro certi limiti, è giustificabile il sacrificio di certe procedure, ormai senza senso (tipo, tempi lunghi e burocratici), così che siano consentiti acquisti pubblici di qualità, in tempi ristretti, ma sempre in ossequio alla logica del "value for money". Per ottenere questi risultati, in più punti della Comunicazione, la Commissione sottolinea che le Direttive appalti accordano agli Stati membri un ampio ventaglio di strumenti per poter fronteggiare, legittimamente e all'interno del quadro normativo vigente, l'emergenza dovuta all'epidemia di Covid-19.

L'approccio indicato è per fasi successive, suggerendo di sfruttare al massimo tutta la panoplia di strumenti offerta dalle Direttive appalti per soddisfare le esigenze di approvvigionamento - in termini di beni, servizi e, persino, lavori - seguendo una strategia ben calibrata, che prevede che gli Stati membri, e le loro stazioni appaltanti coinvolte nell'emergenza:
- ricorrano, in prima battuta, anche massicciamente, alla procedura negoziata senza bando, per "tamponare" le esigenze più impellenti, così da riuscire ad acquistare il necessario al più presto possibile;
- parallelamente, si avvalgano degli strumenti di acquisto centralizzato e, in particolare, delle iniziative di aggiudicazione congiunta lanciate dalla stessa Commissione per poter perlustrare il mercato globale, con capacità negoziale maggiore di quanto ciascun singolo Stato membro possa fare;
- in seconda battuta, per acquisti di minore emergenza, anche se urgenti, utilizzino le facoltà di accelerazione delle procedure aperte e ristrette, che consentono di abbreviare drasticamente le relative tempistiche, garantendo, al contempo, una maggiore concorrenza e trasparenza e, dunque, auspicabilmente, una platea più ampia di potenziali fornitori, a condizioni più convenienti.

Al contempo, la Commissione incoraggia un maggiore dialogo con gli operatori economici sul mercato, al fine di giungere allo sviluppo di strumenti, servizi e prodotti, anche mediante riconversione di determinati apparati produttivi, come sta avvenendo in Italia. In particolare, il suggerimento della Commissione, soprattutto nel caso - frequentemente rilevato in questa circostanza - di scarsità di prodotti e interruzioni della catena degli approvvigionamenti, è di ingaggiare uno scambio costruttivo con gli operatori sul mercato, incluso nei settori della ricerca e dell'innovazione, volto a individuare soluzioni alternative e possibilmente innovative, che potrebbero già essere disponibili sul mercato o "potenzialmente fruibili in tempi (molto) rapidi".

La parte più innovativa della Comunicazione si riferisce alle condizioni cumulative per ricorrere legittimamente, alla procedura negoziata senza bando che, nel Codice Appalti, è disciplinata dall'art. 63, con particolare riferimento all'ipotesi dell'"estrema urgenza". Si tratta di un'alternativa procedurale che, per essere utilizzata, richiede una giustificazione rigorosa e basata su un'interpretazione ligia delle relative condizioni di legittimità. Inoltre, la storia (anche delle procedure di infrazione avviate dalla Commissione contro l'Italia) evidenzia che tale ipotesi eccezionale è stata, nel tempo, spesso abusata nella prassi italiana, anche, ma non solo, a causa delle continue emergenze.

Per evitare il ripetersi di tali problematiche, con l'intento di sopperire all'attuale situazione emergenziale, la Comunicazione fornisce indicazioni operative molto chiare sull'opportunità di ricorrere a tale procedura eccezionale e sulle relative condizioni, fornendo una sorta di "presunzione di legittimità" a giustificazione del suo uso, ossia:
1.l'evento deve essere imprevedibile per l'amministrazione aggiudicatrice in questione – Questa condizione si considera soddisfatta automaticamente per tutto ciò che concerne esigenze determinate dall'epidemia, in relazione all'approvvigionamento di beni, servizi e lavori relativi a "cure, dispositivi di protezione individuale, ventilatori polmonari, posti letto supplementari e infrastrutture ospedaliere e di terapia intensiva aggiuntive, comprese tutte le attrezzature tecniche";
2.l'estrema urgenza rende impossibile rispettare i termini di scadenza generali delle procedure ordinarie, anche ove accelerate – Per la verifica di questa condizione è ritenuta necessaria una valutazione caso per caso, con particolare riferimento all'eventuale appropriatezza dei termini accelerati della procedura aperta o ristretta (rispettivamente, 15 e 10 giorni per la presentazione delle offerte), ma, visto il quadro emergenziale, si ritiene che tale eventualità si verifichi nella maggior parte dei casi;
3.l'urgenza deve essere determinata - evidenziando un chiaro nesso di causalità - dall'evento imprevedibile invocato – Questa condizione è considerata sussistere, automaticamente, nel caso dell'emergenza Covid-19;
4.trattandosi di una procedura eccezionale, la stessa deve essere utilizzata solo "nella misura strettamente necessaria", ossia per fare fronte alle esigenze più immediate, che richiedono di essere soddisfatte al più presto possibile - "nello spazio di pochi giorni, addirittura di ore", appunto - mentre, per soluzioni più stabili, occorre fare ricorso alle procedure ordinarie, eventualmente usufruendo dei termini accelerati.

In altre parole, la Commissione conferma l'impostazione fondamentale delle Direttive appalti, che attribuisce alle stazioni appaltanti la piena responsabilità di valutare gli strumenti più adeguati per soddisfare, caso per caso, le proprie esigenze. Nell'attuale temperie, tale assunzione di responsabilità è viepiù incoraggiata, nel contesto della valutazione sulla sussistenza, o meno, delle condizioni per ricorrere legittimamente alla procedura negoziata senza bando - nel quadro normativo italiano, ai sensi dell'art. 63, comma 2, lett. c) del Codice Appalti - mediante la presunzione di sussistenza di due su quattro delle condizioni ivi dettate, ossia l'imprevedibilità e il nesso di causalità.

In conclusione, l'interpretazione delle Direttive appalti seguita dalla Commissione, con la pubblicazione della Comunicazione, dimostra che il quadro regolatorio esistente si presta ad applicazioni più dinamiche e consone al mercato in continua evoluzione, anche a prescindere dall'attuale situazione emergenziale. Sicuramente, quest'emergenza ha consentito a molte amministrazioni pubbliche, ma anche ad operatori privati, di cimentarsi con procedure, poco sperimentate prima in Italia, come la procedura negoziata, con o senza previa pubblicazione. Quest'esperienza deve insegnare a tutti l'importanza di non perdere tempo prezioso con passaggi burocratici inutili e ridondanti. Gli strumenti procedurali per sviluppare e dinamizzare il mercato degli appalti pubblici ci sono tutti nelle Direttive appalti e nel Codice Appalti: è giunto il momento di usarli, senza preconcetti, ma per il bene del mercato, latamente inteso, ossia

soggetti pubblici e privati, senza dimenticare gli utenti finali, cioè noi cittadini che abbiamo, e continueremo ad avere, bisogno di servizi ed infrastrutture pubblici di qualità.
(*) *SDA Bocconi*

P.I. 00777910159 - Copyright Il Sole 24 Ore - All rights reserved