

05 Mag 2020

Gare, il Dl Cura Italia (convertito) dimentica le indicazioni sulle gare già bandire

Chiara Pagliaroli e Elisa Carloni

La legge 24 aprile 2020, n. 27 – di conversione, con modificazioni, del d.l. "Cura Italia" – è intervenuta sull'impianto originario del decreto, senza però chiarire uno degli aspetti più controversi e attesi dai protagonisti operanti nel settore, ovvero la sorte delle procedure di gara già indette o da indire.

La legge di conversione, infatti, non solo non è intervenuta sulla formulazione dell'art. 103, comma 1 del Dl "Cura Italia", che è rimasta immutata (e che è da leggersi in combinato disposto con l'art. 37 del decreto "Liquidità", che ha prorogato la sospensione dei termini sino al 15 maggio) – ma non ha neppure introdotto misure ad hoc, riferibili – in termini generali – al settore dei contratti pubblici.

In sede di conversione, in particolare, non si è tenuto conto – come, invece, auspicato dalla stessa Autorità Anticorruzione (Anac) – delle peculiarità proprie delle procedure ad evidenza pubblica, mediante «la previsione di specifiche misure volte a contemperare le contrapposte esigenze di agevolare l'adempimento delle attività di competenza delle amministrazioni pubbliche in vigenza delle misure restrittive anti-contagio e di favorire la celere ripresa delle attività economiche, scongiurando la paralisi generalizzata delle attività produttive».

È, pertanto, immaginabile che, nella prassi applicativa, si riproporranno nei prossimi giorni gli stessi dubbi che, nell'ultimo periodo, hanno attanagliato gli animi dei funzionari di molte stazioni appaltanti, chiamate, da un lato, a dover decidere se procedere o meno con l'indizione di nuove procedure di gara e, dall'altro lato, a dover gestire in concreto le procedure in corso.

Tali interrogativi, del resto, si sono in parte acuiti a causa di alcuni interventi sopraggiunti nel periodo ricompreso tra il 9 aprile e il 20 aprile u.s.

Diverse stazioni appaltanti, infatti, hanno letto nella delibera Anac n. 312/2020 del 9 aprile, con le prime indicazioni sulla gestione delle gare e dei contratti una sorta di "freno" alle attività di loro competenza, tanto che l'Autorità si è vista costretta a intervenire, a distanza di dodici giorni (e, segnatamente, in data 20 aprile), con una precisazione dal titolo inequivocabile: "Mai chiesta alle stazioni appaltanti la sospensione delle procedure di gara durante l'emergenza sanitaria". «Eventuali interpretazioni difformi, relative a una presunta richiesta di rinvio delle procedure di gara da parte dell'Autorità, sono da considerarsi destituite di ogni fondamento».

L'Authority, in particolare, aveva invitato le stazioni appaltanti a valutare «la necessità o l'opportunità di differire l'avvio delle procedure di gara già programmate», dovendosi, in linea generale, «avviare soltanto le procedure di gara ritenute urgenti e indifferibili», pur con l'adozione di tutte le cautele volte a salvaguardare il rispetto dei principi di massima partecipazione e di par condicio tra i concorrenti (cfr. § 1, rubricato "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").

In pari data, peraltro, la medesima aveva inviato al Governo e al Parlamento un apposito Atto di segnalazione (cfr. Atto di segnalazione n. 4 del 9 aprile 2020), evidenziando l'opportunità di prevedere, anche in vista della ripresa delle attività produttive (la c.d. "fase 2"), misure ad hoc appositamente riferite allo svolgimento delle procedure ad evidenza pubblica e alla gestione della successiva fase esecutiva.

Ciò al fine di:

- 1) evitare i «rilevanti problemi applicativi» che la contrastante interpretazione attribuita al disposto di cui all'art. 103 del d.l. Cura Italia avrebbe potuto causare nel settore, vista anche l'impossibilità di «eccettuare, in sede interpretativa, dall'ambito applicativo della norma, le procedure di gara» e di «rimettere tale valutazione alle singole stazioni appaltanti»;
- 2) scongiurare il rischio di «una sospensione generalizzata delle procedure di gara, comprese le procedure negoziate in via d'urgenza di cui all'art. 63, comma 2, lett. c) del Codice e quelle (anche diverse [...]) indette dagli enti del SSN a fronte di un maggior fabbisogno», con conseguente «vero e proprio blocco dell'attività amministrativa a danno degli utenti».

Essendo questo il contesto di riferimento, è evidente che la scelta – di rimanere silente sul tema – operata dal legislatore in sede di conversione non può che condurre a una riflessione di carattere generale: se è vero, come è vero e come ci viene ricordato dalla stessa Commissione europea (cfr. Comunicazione 2020/C 108 I/01 del 1° aprile 2020), che la crisi sanitaria e la crisi economica richiedono soluzioni rapide e intelligenti, è evidente che le stazioni appaltanti, nella fase attuale, non potranno che ispirare la loro azione al rispetto e all'osservanza del principio generale della c.d. continuità amministrativa, discendente, a sua volta, dal principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost.

Il che, in altri termini, significa che tali soggetti dovranno continuare a privilegiare – nei limiti del possibile e pur nel rispetto di tutte le cautele richieste a garanzia del corretto e del regolare andamento delle procedure ad evidenza pubblica – tutte quelle soluzioni che consentano loro di proseguire con le attività di loro competenza.

Si pensi, a mero titolo esemplificativo e non esaustivo, alle sedute di gara, che potranno avere luogo in modalità telematica (mediante video-conferenza o tramite collegamenti da remoto), anche laddove tale modus operandi non sia stato originariamente previsto dalla lex specialis di gara, previo avviso ai concorrenti e previa adozione di tutti quegli accorgimenti necessari e sufficienti a garantire la regolarità e la verbalizzazione delle operazioni di gara.

Lo stesso deve dirsi per le attività connesse all'analisi della documentazione trasmessa dagli offerenti (si pensi ai documenti prodotti in sede di soccorso istruttorio o in fase di comprova del possesso dei requisiti di partecipazione), che potranno proseguire, con l'avvertenza per cui, qualora si rendesse necessario acquisire ulteriore documentazione e il concorrente riscontrasse delle difficoltà nel reperirla e nell'esibirla entro il termine assegnatogli, i principi di buon senso, ragionevolezza, leale collaborazione e dialogo non potranno che condurre gli uffici della stazione appaltante a optare per soluzioni che soddisfino gli interessi di entrambi (ad es. concedendo una proroga del termine) senza pregiudicare quelli degli altri concorrenti.

È poi evidente che, in tale contesto, occorrerà altresì tener conto dell'invito (più che condivisibile) ad «assicurare – anche con modalità semplificate e tempistiche compatibili con le circostanze – la massima pubblicità agli atti adottati anche in regime di emergenza» (vedi il Vademecum sugli appalti veloci appena pubblicato sempre dall'Anac).