

9) Emergenza sanitaria da COVID-19 e riflessi sulle procedure di gara

La disciplina emanata al fine di contenere l'emergenza sanitaria da diffusione del contagio dal COVID-19 impatta profondamente anche sulle modalità di svolgimento e di gestione delle procedure di gara, sia dal lato delle Stazioni appaltanti che da quello degli operatori economici privati.

È opportuno analizzare le norme rilevanti e verificare gli aspetti di maggiore interesse, fornendo indicazioni "a prima lettura", in attesa di chiarimenti istituzionali.

Se è evidente che le procedure di selezione del contraente non sono state di certo il primo pensiero del governo al momento di reagire all'emergenza sanitaria in atto, è altrettanto vero che quest'ultima condiziona sicuramente l'operatività della P.A. nell'ambito delle procedure di selezione del contraente, quantomeno in tutti i casi in cui le gare sono funzionali ad acquisire beni e servizi essenziali al funzionamento del sistema pubblico e non potrà attendersi il ritorno alla normalità.

La sospensione dei termini dei procedimenti: vale anche per le procedure di gara in corso?

Le limitazioni imposte dall'emergenza sanitaria, a tutti i livelli, sono effettivamente incompatibili con la fisiologica attività di impresa. Ciò vale anche con riferimento alle attività finalizzate alla verifica e istruzione delle discipline di gara e di predisposizione delle offerte, impossibili da garantire nell'attuale contesto.

Cosa succede alle procedure pubblicate, per le quali pendono i termini per la presentazione delle offerte?

L'art. 103 comma 1 del D.L. n. 18 del 17 marzo 2020 (c.d. Decreto "Cura Italia") prevede la sospensione generale di tutti i termini procedurali amministrativi, dal 23 febbraio 2020 al 15 aprile 2020¹.

¹ Art. 103 comma 1 del D.L. n. 18 del 17 marzo 2020:

La norma non opera un riferimento espresso alle procedure di gara: tuttavia, poiché anche le procedure di selezione del contraente sono procedimenti amministrativi, e tenuto conto della ratio della norma, è ragionevole ritenere che anch'esse siano interessate dalla sospensione.

Sarebbe comunque fortemente opportuno un chiarimento espresso del legislatore sul punto, o quantomeno un'indicazione interpretativa di fonte ministeriale, per intuibili esigenze di certezza.

Pertanto, pare che i termini di presentazione delle offerte debbano ritenersi differiti *ex lege* per il periodo indicato, e la scadenza andrà posposta a data successiva al 15 aprile 2020, ricomputando il termine di presentazione delle offerte senza tenere conto dell'intervallo tra il 23 febbraio 2020 e il 15 aprile 2020.

La sospensione (e conseguente proroga) sembrerebbe operare in via automatica.

Tuttavia, sempre per intuibili esigenze di certezza e trasparenza, è opportuno:

- che le Stazioni appaltanti pubblichino un avviso, generale o relativo a ciascuna singola procedura, con le stesse modalità di pubblicità previste per la gara, con cui confermino la sospensione ed il conseguente differimento del termine per le offerte;
- in assenza di un avviso di sospensione esplicita, che gli operatori privati formulino specifica istanza alle Stazioni appaltanti per ottenere conferma della sospensione del termine di presentazione delle offerte.

La mancata considerazione del problema rischia di creare distorsioni e violazioni dei principi di trasparenza e *par condicio*.

"Ai fini del computo dei termini ordinatori o perentori, propedeutici, endoprocedimentali, finali ed esecutivi, relativi allo svolgimento di procedimenti amministrativi su istanza di parte o d'ufficio, pendenti alla data del 23 febbraio 2020 o iniziati successivamente a tale data, non si tiene conto del periodo compreso tra la medesima data e quella del 15 aprile 2020. Le pubbliche amministrazioni adottano ogni misura organizzativa idonea ad assicurare comunque la ragionevole durata e la celere conclusione dei procedimenti, con priorità per quelli da considerare urgenti, anche sulla base di motivate istanze degli interessati"

Il problema della pubblicità delle sedute di gara

Come in tutti gli altri settori dell'attività amministrativa, la necessità di limitare al massimo le possibilità di diffusione dell'epidemia, in attesa della doverosa riorganizzazione degli uffici pubblici, comporta (e comporterà per un periodo non breve) l'impossibilità di svolgimento delle sedute di gara in forma pubblica, forma che tradizionalmente garantisce la trasparenza delle operazioni assicurando con immediatezza l'assenza di manomissioni nel contenuto di quanto presentato in gara dagli operatori.

Come risolvere il problema dell'attività di gara in forma sicura sotto il profilo sanitario, ma trasparente?

Il nostro sistema prevede oggi il tendenziale e generale obbligo di utilizzo di strumenti di negoziazione in forma telematica, a far data dal 18 ottobre 2018 ², ma si annoverano frequenti casi di deroga a questa regola generale, sia in quanto lo stesso codice, all'art. 52, prevede una serie di ipotesi nelle quali permane ammissibile la gestione delle procedure in forma non telematica ³, sia in quanto non tutte le Stazioni appaltanti si sono dotate di una piattaforma telematica di negoziazione, abilitante alla gestione telematica della procedura di gara.

1) Per le procedure di gara ordinarie, in forma cartacea, occorrerà attendere la riorganizzazione degli uffici da parte di ogni P.A. e la garanzia di standards di sicurezza sanitaria idonei, che consentano la ripresa delle sedute pubbliche.

² art. 40 comma 2 del d.lgs. 50/2016: "A decorrere dal 18 ottobre 2018, le comunicazioni e gli scambi di informazioni nell'ambito delle procedure di cui al presente codice svolte dalle stazioni appaltanti sono eseguiti utilizzando mezzi di comunicazione elettronici".

³ Ai sensi dell'art. 52 del codice le stazioni appaltanti non sono obbligate a richiedere mezzi di comunicazione elettronici nella procedura di presentazione dell'offerta:

- a) a causa della natura specialistica dell'appalto, per cui gli strumenti informatici non sono disponibili;
- b) per inesistenza di programmi "aperti" idonei alla gestione dei file da utilizzare;
- c) per indisponibilità di attrezzature specializzate per ufficio;
- d) per necessità, in base ai documenti di gara, di presentare un modello fisico o in scala ridotta non trasmissibile in via elettronica;
- e) per ragioni di sicurezza e/o segretezza delle informazioni da gestire, particolarmente sensibili.

Alcune Stazioni appaltanti stanno pubblicando avvisi di sospensione delle sedute pubbliche sulle gare in corso, comunicando che tali sedute verranno svolte in forma riservata; tale opzione tuttavia potrebbe rendere illegittimo lo svolgimento della gara e il suo esito, a meno che la seduta venga svolta, seppur in forma non pubblica, comunque con modalità tali da assicurare "all'esterno" l'integrità delle offerte in altra forma alternativa.

In questi casi, appare preferibile l'opzione della sospensione integrale della gara, che potrà riprendere una volta riassicurate le garanzie di sicurezza per dipendenti pubblici ed operatori economici.

2) Le procedure di gara in forma telematica non presentano questo problema e in questa fase di emergenza sono assolutamente da preferire.

L'art. 58 del Codice dei Contratti pubblici disciplina le "procedure svolte attraverso piattaforme telematiche", abilitando le Stazioni appaltanti ad una gestione della procedura in assenza di seduta/e pubblica/e, mantenendo comunque le garanzie di integrità delle offerte, assicurata mediante la "tracciatura" informatica di tutte le operazioni compiute dalla P.A. sulle offerte stesse.

La giurisprudenza amministrativa è pacificamente orientata nel senso della non necessità, nell'ambito delle procedure telematiche, di sedute pubbliche per l'apertura delle offerte, anche in applicazione dell'art.58 d.lgs. n. 50 del 2016, che non ha codificato alcuna fase pubblica per le procedure gestite in forma telematica ⁴.

Secondo tale orientamento, la garanzia dell'integrità delle offerte è assicurata dalla gestione informatica della procedura, in quanto permette l'apertura della documentazione presentata dagli offerenti garantendo la loro integrità, immodificabilità e la verifica *ex post* delle operazioni compiute, nonché l'imparzialità e la trasparenza connesse all'impossibilità di

⁴ Cons. Stato, sez. V, 18 giugno 2018 n. 3721: (...) *nella procedura telematica (...) non sarebbe comunque, e a rigore, nemmeno necessaria una seduta pubblica per l'apertura delle offerte tecniche, in quanto la gestione telematica offre il vantaggio di una maggiore sicurezza quanto alla conservazione dell'integrità*". In senso conforme, Cons. St. sez. III, 5 dicembre 2019 n. 8333; Cons. St., sez. III, 15 novembre 2016, n. 4990; Cons. St., sez. III, 3 ottobre 2016, n. 4050; Cons. St., sez. V, 29 ottobre 2014, n. 5377; T.A.R. L'Aquila, Sez. I, 19/01/2019 n. 54; T.A.R. Campobasso, 10.07.2019 n. 239.

accesso, per i funzionari della Stazione appaltante deputati alla gestione della gara, fino al momento della celebrazione della seduta.

Le sedute di gara riservate e le operazioni di valutazione della Commissione di gara

Problemi analoghi si pongono per le attività che la Commissione di gara è tenuta a compiere in forma riservata.

La tutela della salute pubblica sembra impedire, allo stato, ai commissari anche lo svolgimento dell'attività – tradizionalmente svolta in forma riservata – di valutazione delle offerte tecniche mediante contemporanea presenza fisica dei partecipanti alla seduta nel medesimo luogo, come ordinariamente avviene per i lavori della commissione.

Anche in quest'ottica sembra possibile, per consentire la prosecuzione della procedura, lo svolgimento dell'attività in via telematica, con sedute in forma virtuale.

L'art. 77 comma 2 del Codice dei Contratti dispone: *"La commissione è costituita da un numero dispari di commissari, non superiore a cinque, individuato dalla stazione appaltante e può lavorare a distanza con procedure telematiche che salvaguardino la riservatezza delle comunicazioni"*.

Pertanto lo svolgimento telematico delle sedute riservate appare un'opzione possibile, in quanto efficace contemperamento delle esigenze di speditezza delle operazioni e di sicurezza e trasparenza dell'operato dei commissari.

Anche se è probabile che la specifica disciplina di gara non preveda espressamente tale opzione (è ragionevole pensare che la P.A., quando ha pubblicato il bando o l'avviso, non poteva immaginarsi di dover affrontare a breve una pandemia), ciò non sembra un ostacolo insormontabile al suo utilizzo nella procedura: l'art. 77 comma 2 sopra citato è norma generale, direttamente applicabile in sede di gara, e potrà trovare quindi attuazione nelle singole procedure ove debbano essere svolte una o più sedute riservate.

Sarà comunque necessaria una verbalizzazione delle sedute e dell'attività di valutazione svolta, con sottoscrizione dei commissari, che potrà essere apposta anche a distanza con firma digitale.

Dilatazione dei termini di durata della gara e poteri dell'operatore economico. Possibilità di svincolarsi dall'offerta, limiti e condizioni: l'emergenza Coronavirus è una giustificazione?

a) Molte procedure, per le intuibili difficoltà venutasi a creare, potranno concludersi a grande distanza temporale dalla pubblicazione dei bandi e/o avvisi e dalla presentazione dell'offerta. Al riguardo, è utile ricordare che la normativa prevede in generale un termine di 180 giorni di validità dell'offerta presentata in gara dall'operatore economico ⁵.

Decorso tale termine, l'offerente ha facoltà di confermare l'impegno nei confronti della Stazione appaltante, ma non può essere obbligato dalla Stazione appaltante a stipulare il contratto. Il rifiuto di sottoscrivere il contratto in tali casi non espone l'offerente a conseguenze negative (es. incameramento della cauzione provvisoria).

Pertanto, l'offerente che si veda aggiudicatario di una procedura per la quale, atteso il lungo lasso di tempo decorso, sono mutate le condizioni di operatività e convenienza economica, potrà recedere dall'impegno senza conseguenze sanzionatorie.

Inoltre, sempre decorso il medesimo termine (180 giorni, in assenza di disciplina specifica nel bando di gara) l'offerente potrà non rinnovare la cauzione provvisoria prestata a garanzia della serietà dell'offerta, risparmiando i costi connessi.

In definitiva, il decorso di un lasso di tempo superiore ai 180 giorni dalla presentazione dell'offerta attribuisce all'operatore economico la facoltà di svincolarsi unilateralmente dalla propria offerta, facendone venir meno l'obbligatorietà nei confronti della Stazione appaltante.

⁵ Art. 32 comma 4 d.lgs. 50/2016: "Ciascun concorrente non può presentare più di un'offerta. L'offerta è vincolante per il periodo indicato nel bando o nell'invito e, in caso di mancata indicazione, per centottanta giorni dalla scadenza del termine per la sua presentazione. La stazione appaltante può chiedere agli offerenti il differimento di detto termine".

b) L'emergenza da COVID-19 incide in questo quadro?

Entro i termini di validità della propria offerta, e quindi entro i 180 giorni, è consentito ad un operatore "rinunciare" alla propria offerta, a gara in corso, adducendo sopravvenute criticità connesse all'emergenza sanitaria in atto?

Il problema ha una rilevanza generale: se le imprese hanno presentato un'offerta in una procedura di gara prima del 15 febbraio 2020, l'attuale situazione emergenziale – e il suo perdurare – ha certamente inciso sulla sostenibilità economica di quanto originariamente proposto, se non addirittura sulla stessa eseguibilità della prestazione oggetto di gara da parte dell'impresa.

Allo stato, una tale facoltà di recesso non sembra consentita dalla normativa emergenziale emanata.

Anche se tale lacuna è sicuramente irragionevole, oggi l'operatore economico pare incredibilmente essere vincolato all'offerta presentata, anche se potrebbe non essere più in condizione di eseguire quanto proposto alla P.A..

A ciò si aggiunge l'ulteriore difficoltà, connessa al fatto che la Stazione appaltante – proprio in applicazione dei principi di trasparenza e *par condicio* – non sembra poter dare autonomamente e discrezionalmente rilevanza ad eventuali "rinunce alle offerte" da parte degli operatori, fuori dai casi previsti dalla legge.

Ne deriva l'ulteriore corollario che la P.A. sarebbe addirittura tenuta ad incamerare la cauzione provvisoria presentata in gara dall'offerente, e a segnalare all'ANAC il rifiuto di sottoscrivere il contratto da parte dell'aggiudicatario.

Un possibile appiglio normativo per consentire all'operatore il legittimo recesso dall'offerta è costituito dall'art. 91 del D.L. n. 18 del 17 marzo 2020 (c.d. Decreto "Cura Italia"), che dispone:

"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".

Se l'emergenza sanitaria costituisce "esimente generale" rispetto all'inadempimento contrattuale, impedendo anche l'applicazione di decadenze o penali rispetto al debitore che non esegua la prestazione cui è obbligato nei confronti della P.A., è verosimile ritenere che tale esimente possa operare anche nei confronti dell'offerente, che con l'offerta veicola alla Stazione appaltante una "proposta irrevocabile" di contratto, obbligandosi al suo rispetto in caso di aggiudicazione.

La questione necessita un doveroso approfondimento per evitare distorsioni nella gestione delle procedure.

È quantomai auspicabile, sul punto, un intervento normativo che chiarisca termini e condizioni per un eventuale recesso dalle offerte di gara già presentate, al fine di evitare conseguenze fortemente pregiudizievoli per gli operatori, in aperto contrasto con l'intera ratio normativa in materia di emergenza sanitaria.

Militerni & Associati
Avv. Alberto Salmaso