

**Decreto “Cura Italia” e sospensione dei termini delle gare:
le indicazioni dell’ANAC¹**

di Massimo Gentile

1. Con Delibera numero 312 del 9 aprile 2020, l’ANAC ha fornito le “*Prime indicazioni in merito all’incidenza delle misure di contenimento e gestione dell’emergenza epidemiologica da Covid-19 sullo svolgimento delle procedure di evidenza pubblica di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e s.m.i. e sull’esecuzione delle relative prestazioni*”.

Con riferimento alle procedure di selezione in corso di svolgimento, l’Autorità ha rappresentato alle stazioni appaltanti l’esigenza di assicurare la massima pubblicità e trasparenza delle determinazioni adottate in conseguenza dell’emergenza sanitaria ed, a tal fine, ha rilevato la **necessità di dare atto, con avviso pubblico riferito a tutte le gare**, di alcune informazioni.

Si tratta, nello specifico:

- Della “**sospensione dei termini disposta dall’articolo 103 del decreto-legge n. 18 del 17/3/2020**, così come modificato dall’articolo 37 del decreto-legge n. 23 dell’8/4/2020, chiarendo che detta sospensione si applica a tutti i termini stabiliti dalle singole disposizioni della *lex specialis* e, in particolare sia a quelli “iniziali” relativi alla presentazione delle domande di partecipazione e/o delle offerte, nonché a quelli previsti per l’effettuazione di sopralluoghi, sia a quelli “endoprocedimentali” tra i quali, a titolo esemplificativo, quelli relativi al procedimento di soccorso istruttorio e al sub-procedimento di verifica dell’anomalia e/o congruità dell’offerta”.

Ci si chiede, tuttavia, il motivo per il quale occorrerebbe rendere tale informativa. La sospensione è, infatti, diretta derivazione della previsione normativa e, dunque, come tale, non necessitante di ulteriori forme di pubblicità ai fini dell’applicazione alle gare in corso.

¹ In corso di pubblicazione su www.appaltiecontratti.it.

- Della “**nuova scadenza dei termini già assegnati** così come ricalcolata con applicazione della sospensione di cui al citato decreto-legge, specificando che alla conclusione del periodo di sospensione (cioè dal 16 maggio 2020) i termini suindicati riprenderanno a decorrere per il periodo residuo”.

Anche in questo caso non si riesce a cogliere a pieno il significato dell’indicazione dell’ANAC, considerato che l’entità dello slittamento dei termini è diretta conseguenza del decreto legge.

- Della adozione, da parte della stazione appaltante, di “ogni misura organizzativa idonea ad **assicurare comunque la ragionevole durata e la celere conclusione della procedura**, compatibilmente con la situazione di emergenza in atto. A tal fine, valuterà l’opportunità di rispettare, anche in pendenza della disposta sospensione e limitatamente alle attività di esclusiva pertinenza della stessa, **i termini endoprocedimentali, finali ed esecutivi originariamente previsti**, nei limiti in cui ciò sia compatibile con le misure di contenimento della diffusione del Covid-19”.

La prima parte del <<suggerimento>> dell’ANAC è una riproposizione della previsione di cui all’articolo 103, comma 1, secondo capoverso, del decreto legge n. 18/2020, laddove è previsto che “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”.

Lo scopo della previsione è evidentemente quello di spingere le stazioni appaltanti – ferma restando la sospensione dei termini – ad attivarsi al fine di assicurare, comunque, “la ragionevole durata e la celere conclusione dei procedimenti”.

La seconda parte del <<suggerimento>> dell’ANAC è volta a fornire indicazioni operative alle stazioni appaltanti per assicurare detta ragionevole durata e celere conclusione delle gare.

Il contenuto è, tuttavia, piuttosto criptico.

Secondo l’ANAC le stazioni appaltanti, con riferimento alle sole “attività di esclusiva pertinenza” delle stesse, devono valutare “l’opportunità” di

rispettare i termini **“endoprocedimentali, finali ed esecutivi originariamente previsti”**.

L'indicazione trascura, tuttavia, la circostanza che, sulla scorta del decreto “Cura Italia”, **tutti i termini** dei procedimenti amministrativi sono sospesi, ivi inclusi quelli riguardanti attività di “*esclusiva pertinenza*” dell'amministrazione.

Ciò senza volere tener conto che, con riferimento alle procedure di gara, anche le attività di pertinenza della stazione appaltante sono, comunque, destinate ad incidere sui concorrenti.

- Della “*possibilità per la stazione appaltante, laddove il tipo di procedura e la fase della stessa lo consentano, di **determinarsi per la disapplicazione della sospensione di alcuni termini di gara** previsti a favore dei concorrenti, precisando per quali termini conseguenti resta ferma l'applicazione dell'articolo 103, comma 1, del decreto-legge n. 18/2020, così come modificato dall'articolo 37 del decreto-legge n. 23 dell'8/4/2020. Tale possibilità è consentita, nelle **procedure ristrette o negoziate**, in cui sono noti i partecipanti, già a partire dal termine per la presentazione delle offerte e, per tutte le procedure, con riferimento ai termini relativi alle fasi successive di gara. Nel caso in cui le amministrazioni intendano avvalersi di tale previsione possono **acquisire preventivamente la dichiarazione dei concorrenti** in merito alla volontà di avvalersi o meno della sospensione dei termini disposta dal decreto-legge n. 18/2020, così come modificato dall'articolo 37 del decreto-legge n. 23 dell'8/4/2020.*”

Invero, la sospensione dei termini stabilita nel decreto legge non appare configurare una “facoltà” rinunciabile dai concorrenti su domanda della stazione appaltante. Pertanto, l'eventuale richiesta di rinuncia da parte della stazione appaltante potrebbe essere considerata di per sé illegittima, con ogni conseguenza sullo svolgimento della procedura di gara. Non solo, ma ci si chiede cosa possa accadere laddove un concorrente, dopo aver dato il proprio assenso al mantenimento del termine iniziale di presentazione dell'offerta, manifesti, in un secondo momento, l'impossibilità di presentare l'offerta entro detto termine.

2. Sempre nella delibera in analisi, l'ANAC rileva, altresì, la necessità che le stazioni appaltanti:

- Concedano “**proroghe e/o differimenti ulteriori** rispetto a quelli previsti dal decreto-legge in esame, anche su richiesta degli operatori economici, **laddove l'impossibilità di rispettare i termini sia dovuta all'emergenza sanitaria**”.

La legittimità della concessione di un'ulteriore proroga non appare giuridicamente sostenibile e, in ogni caso, ad avviso di chi scrive, non è in linea con l'attuale quadro normativo. Si osserva, infatti, che, una volta esauriti gli effetti della sospensione prevista dal decreto legge e fatte salve nuove previsioni normative, troveranno applicazione le regole ordinarie, ossia l'articolo 79, comma 3, del Codice, che stabilisce i casi in cui è possibile per la stazione appaltante concedere una proroga del termine per la presentazione delle offerte.

- Valutino la possibilità di “**svolgere le procedure di gara con modalità telematiche** anche nel caso in cui tale previsione non fosse contenuta nel bando di gara, previa adeguata comunicazione ai concorrenti mediante avviso pubblico e fatta salva l'esigenza di garantire, in ogni caso, la pubblicità e la trasparenza delle operazioni di gara”.

L'indicazione è condivisibile, anche se potrebbe costituire un motivo di prolungamento della durata della gara, attesi i tempi tecnici necessari alla stazione appaltante e ai concorrenti per attrezzarsi.

- Per le procedure di gara svolte con modalità non telematiche, valutino la possibilità di “**svolgere le sedute pubbliche a distanza**, ad esempio, in video-conferenza, concedendo ai concorrenti un congruo termine per le conseguenti attività organizzative e prevedendo adeguate forme di pubblicità della decisione”.

Valgono le medesime considerazioni di cui al precedente alinea.

- Valutino la possibilità di “**rinunciare al sopralluogo obbligatorio** previsto dalla *lex specialis* di gara nei casi in cui lo stesso **non sia strettamente necessario** per la formulazione dell'offerta, prevedendo adeguate forme di pubblicità della decisione. Nel caso in cui tale adempimento **sia considerato essenziale** ai fini della consapevole formulazione di un'offerta, considerando che allo stato si tratta di un

*adempimento inesigibile dagli operatori, le stazioni appaltanti valutano, caso per caso, una **proroga dei termini di presentazione delle offerte** al fine di consentire l'effettuazione del sopralluogo in data successiva al 15 maggio 2020".*

Lo scopo è chiaramente quello di evitare, nei limiti del possibile, il sopralluogo. In realtà, anche in questo caso, si tratta di un problema che si porrà solo dopo il 15 maggio 2020, considerato che tutti i termini sono sospesi e, dunque, anche quello riguardante l'eventuale effettuazione del sopralluogo.

- Valutino la possibilità di prevedere "lo **svolgimento delle sedute riservate** della commissione giudicatrice di cui all'articolo 77 del decreto legislativo n. 50 del 18/4/2016 **in streaming o con collegamenti da remoto**, anche laddove tale modalità non sia prevista nel bando di gara, assicurando comunque la verbalizzazione delle operazioni svolte. In tali casi adottano tutte le misure necessarie a garantire la riservatezza delle comunicazioni e la trasparenza delle operazioni".

Non può che condividersi l'indicazione, peraltro già contemplata all'articolo 77, comma 2, del Codice, laddove è precisato che la commissione giudicatrice "può lavorare a distanza con procedure telematiche che salvaguardino la riservatezza delle comunicazioni".

- Valutino la possibilità "di **adottare modalità di adempimento degli obblighi** connessi alla partecipazione alle procedure di affidamento compatibili con le misure restrittive in atto, ad esempio, consentendo il pagamento dell'imposta di bollo con modalità telematiche".

Trattasi di un'indicazione di carattere generale che, peraltro, va ritenuta applicabile sempre e comunque, anche in ragione del principio che impone alle amministrazioni di non aggravare inutilmente il procedimento concorsuale.

3. In conclusione, le pur lodevoli indicazioni dell'ANAC non sembrano poter risolvere il problema di fondo correlato all'articolo 103 del decreto-legge n. 18 del 17 marzo 2020, come modificato dall'articolo 37, comma 1, del decreto-legge n. 23 dell'8 aprile 2020, ovvero sia l'aver introdotto una sospensione un po' troppo netta e trasversale dei termini di tutti i procedimenti amministrativi inclusi, dunque, quelli volti all'affidamento di contratti pubblici.

Una sospensione che rischia in molti casi di essere inutile se non addirittura dannosa.

Il tentativo dell'ANAC di contenere i possibili effetti negativi di siffatta sospensione si scontra, tuttavia, con la circostanza che la medesima sospensione opera *ipso iure*.

Il rischio è, dunque, quello di prospettare una elasticità applicativa della disposizione normativa che, in realtà, non sembra sussistere e di determinare i presupposti per una disomogeneità di comportamento tra le varie stazioni appaltanti.

L'unica soluzione possibile è, dunque, un intervento del legislatore che modifichi il tiro, limitando la valenza indiscriminata della sospensione.

Intervento peraltro auspicato dalla stessa Autorità che, con Atto di segnalazione del 9 aprile u.s., ha evidenziato la “*necessità di adottare specifiche misure*”, anche mediante la formulazione di “*nuove disposizioni normative*”, in luogo di una “*generalizzata applicazione della sospensione dei termini disposta dai decreti legge nn. 18 e 23 del 2020*”. Ciò in quanto – osserva l'ANAC - “*l'applicazione delle disposizioni adottate in generale per i procedimenti amministrativi*” potrebbe “*creare rilevanti problemi applicativi al settore dei contratti pubblici date le sue specificità*”.