Appalti Pubblici: procedura negoziata senza previa pubblicazione durante l'emergenza Covid-19

L'emergenza connessa alla crisi sanitaria causata dalla pandemia Covid-19 ha fatto sorgere la necessità della Commissione europea (2020C 108 I/01) di comunicare orientamenti sull'utilizzo del quadro in materia di appalti pubblici per l'approvvigionamento di dispositivi medici e di contenimento.

In situazioni di estrema urgenza gli acquirenti pubblici possono avvalersi della possibilità di ridurre considerevolmente i termini delle procedure d'appalto al fine di accelerare le procedure aperte o ristrette. In più, qualora tali margini di manovra non fossero sufficienti, le stazioni appaltanti possono ricorrere alla *procedura negoziata senza previa pubblicazione* e può anche "essere consentita l'aggiudicazione diretta ad un operatore economico preselezionato, purché quest'ultimo sia l'unico in grado di consegnare le forniture necessarie nel rispetto dei vincoli tecnici e temporali imposti dall'estrema urgenza" (come già stabilito dall'art. 32 della Direttiva 2014/24/UE).

La disciplina italiana, seppur recepisce la Direttiva Comunitaria sul principio della "Procedura negoziata senza previa pubblicazione", la adegua alla legislazione sugli appalti (D. Lgs 50/2016) svincolandola, in parte, a livello procedurale dalla disposizione comunitaria.

Infatti, l'articolo 63 del D. Lgs 50/2016, in recepimento dell'articolo 32 della Direttiva Comunitaria, riporta i primi cinque commi della Direttiva per poi integrarli con un sesto

comma.

Il sesto comma del D. Lgs 50/2016 disciplina la procedura che le amministrazioni italiane devono realizzare quando sussiste una delle fattispecie di fatto che legittima l'utilizzo della procedura eccezionale "negoziata senza bando", facendo entrare dalla finestra ciò che la Direttiva Europea ha volutamente fatto uscire dalla porta per accelerare e semplificare le ipotesi di acquisto in estrema urgenza.

Attraverso tale comma viene ribadito alla stazione appaltante di inoltrare l'invito a più operatori economici con il rischio, comunque, di dilatare i tempi di consegna in quanto l'ente appaltante si troverebbe a dover applicare il criterio della scelta. Per evitare le difficoltà che l'applicazione del criterio della scelta creerebbe, sarebbe consigliabile che l'ente appaltante procedesse senza inviti attraverso un semplice affidamento diretto, come la Commissione europea suggerisce in tali circostanze, continuando a ragionare in funzione di ripristinare, non appena si sarà sopperito all'urgenza improrogabile e contingente, una procedura di gara per non ledere il principio di concorrenza e di trasparenza. Principi sovrani in materia di appalti pubblici.

Si nota come a livello nazionale rimane comunque radicata l'impostazione burocratizzata degli appalti pubblici anche in circostanze di inaudita crisi sanitaria che richiederebbero invece una maggiore celerità e prontezza.

Durante questi ultimi mesi di emergenza sanitaria, si è assistito, nelle Procedure Negoziate senza previa pubblicazione indette dalle varie amministrazioni procedenti, come i vari termini procedurali siano stati snelliti al fine di velocizzare le offerte ma la burocratizzazione relativa alla formalizzazione dei vari adempimenti amministrativi sia, comunque, rimasta attiva anche se posticipata alla fase successiva all'aggiudicazione rallentando cospicuamente la fase esecutiva del contratto.

Nell’ottica delle Procedure negoziate senza pubblicazione poste in essere per fronteggiare la crisi sanitaria causata dall’emergenza pandemica, subentra l’importanza per l’operatore economico prescelto di porre massima attenzione ai tempi di consegna imposti dall’ente appaltante e soprattutto nasce la necessità di conferire massima considerazione alle tempistiche indicate in sede di stipulazione del contratto e/o di accordo quadro. Può accadere che il contratto o l’accordo quadro preveda termini di consegna differenti da quelli indicati dal fornitore in sede di presentazione dell’offerta. In questo caso, il fornitore non sarà legittimato a far valere i termini di consegna proposti in fase di offerta ma prevarranno i termini previsti dall’ente appaltante qualora sottoscriva il contratto imposto dall’Ente stesso.

Inoltre, può accadere che il contratto o l’accordo quadro preveda i medesimi termini di consegna indicati dall’operatore economico in sede di offerta ma l’esecuzione del contratto, ovvero l’emissione dell’ordine di acquisto da parte dell’amministrazione procedente tardi ad arrivare. Gli operatori economici, produttori di apparecchiature elettromedicali e di materiali necessari per fronteggiare l’emergenza Covid-19, attendono gli ordini per i quali hanno preso impegni di fornitura ma contestualmente sono subissati di ulteriori richieste di offerte, ordini da adempiere in termini strettissimi oltre ad essere spesso costretti a fronteggiare l’interruzione della catena di distribuzione.

In tali contesti, accompagnati dalla forte burocratizzazione della normativa sugli appalti che rallenta giocoforza l’esecuzione dei contratti, è facile che gli operatori economici si possano trovare nell’impossibilità di adempiere entro termini rigidi di consegna. Pertanto, è consigliabile che l’operatore economico assuma una accurata e accorta posizione nella valutazione dei tempi di consegna, comunicando apertamente e formalmente (via e-mail e/o Pec) con l’ente

appaltante eventuali impossibilità di rispetto dei termini concordati in sede di offerta e in sede contrattuale, anche a rischio di essere escluso qualora l'ente non accetti i tempi imposti dall'operatore economico piuttosto che rischiare un grave inadempimento.

Il termine di consegna diventa condizione essenziale in virtù della situazione eccezionalmente emergenziale e qualora non venga rispettato determina, anche solo per un ritardo di un giorno, conseguenze legali molto serie in capo al fornitore.

In caso di ritardo nella consegna dei beni, l'ente appaltante ha la facoltà di contestare il ritardo per grave inadempimento contrattuale per non rispetto della condizione essenziale con notevoli conseguenze risarcitorie a danno dell'operatore economico, segnalare l'Operatore Economico all'Anac, escutere la cauzione, applicare penali previste nei contratti o negli accordi quadro ed escludere l'operatore economico dalla possibilità di partecipare a gare o procedure negoziate future.

Si auspica che la ripresa economica dell'Italia passi da una coraggioso alleggerimento dell'intero nostro sistema burocratico e amministrativo e da una valoroso snellimento normativo di tutto ciò che riguarda i lavori e i contratti pubblici in quanto senza una riformulazione molto semplificata del sistema normativo dei lavori pubblici non ci potrà essere la desiderata ripresa.

Milano, 13/04/2020

Avv. Francesca Pecora