



PARTNER



Cinque e Soci s.r.l. - Società tra avvocati

Newsletter n. 16_2020



EMERGENZA CORONAVIRUS

**GLI EFFETTI DEL DECRETO LEGGE CURA
ITALIA SUL PROCEDIMENTO
AMMINISTRATIVO.**

Il diffondersi del Covid-19 ha imposto l'adozione di misure di

contenimento del virus e di tutela della salute pubblica finalizzate, tra l'altro, a mitigare gli effetti dirompenti che l'epidemia sta producendo sul sistema socio-economico del Paese.

Con il d. l. 17 marzo 2020, n. 18, pubblicato nella G.U.R.I. n. 70, recante "misure di potenziamento del servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19" ("DL Cura Italia"), il Governo ha adottato una serie di disposizioni volte a regolamentare, nel periodo di crisi, i procedimenti amministrativi pendenti presso le pubbliche amministrazioni ("P.A.").

In particolare l'art. 103, comma 1, DL Cura Italia, ha disposto che, ai fini del computo dei termini ordinatori, perentori, propedeutici, endoprocedimentali, finali ed esecutivi, relativi allo svolgimento dei procedimenti amministrativi, sia su istanza di parte che d'ufficio, non si tiene conto del periodo intercorrente tra il 23 febbraio 2020 ed il 15 aprile 2020, stabilendo altresì che, per il tempo corrispondente, i termini di formazione della volontà delle P.A. sono prorogati o differiti.

La norma trova applicazione in relazione ai procedimenti amministrativi di cui alla Legge 7 agosto 1990, n. 241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi).

Tuttavia, per come è stato scritto il citato art. 103, non è chiaro se la sospensione coinvolga anche i diversi termini che scandiscono le procedure di gara (procedure ad evidenza pubblica) ed i relativi subprocedimenti: dai termini dilatori minimi previsti per la presentazione delle offerte, al soccorso istruttorio, alla verifica dell'anomalia dell'offerta, alla comprova del possesso dei requisiti, al termine minimo da rispettare prima di stipulare

il contratto con l'aggiudicatario, ecc.

La norma esaminata non ha espressamente contemplato le procedure di gara – finalizzate alla formazione della volontà negoziale della P.A. – tra le deroghe indicate nei commi 3 e 4 dell'art. 103, DL Cura Italia, ingenerando così una serie di dubbi in ordine all'eventuale sospensione dei diversi termini che scandiscono le procedure ad evidenza pubblica (comprese, paradossalmente, le procedure negoziate previste dall'articolo 72, comma 2 e dall'articolo 75, DL Cura Italia, annoverabili tra i procedimenti amministrativi).

La fretta emergenziale con cui è stata adottata la norma si riflette, altresì, sulla relazione illustrativa al DL Cura Italia del 17 marzo 2020, che non fornisce alcuna indicazione circa la relativa interpretazione, ma si limita a giustificarne l'introduzione "al fine di evitare che la P.A., nel periodo di riorganizzazione dell'attività lavorativa in ragione dello stato emergenziale, incorra in eventuali ritardi o nel formarsi del silenzio significativo".

Di conseguenza, da una parte, numerose stazioni appaltanti hanno proceduto alla sospensione o alla proroga delle attività di gara, fondando la propria manifestazione di volontà sia sulla base delle misure restrittive di cui all'art. 103, DL Cura Italia, sia recependo le istanze e le richieste avanzate dagli operatori economici; dall'altra diverse stazioni appaltanti, colte di sorpresa dalla non chiara disposizione normativa, stanno proseguendo le attività di gara senza sospendere e/o prorogare alcun termine.

Così, dopo lo "Sblocca-Cantieri" (D.L. 18 aprile 2019, n. 32, convertito con Legge 14 giugno 2019, n. 55) ed il successivo "Blocca-Cantieri" (Covid-19), si rischia di paralizzare oltremodo l'azione amministrativa mediante una

norma che si prefigge di compensare eventuali ritardi della P.A., anche se ormai dal 16 ottobre 2018 le gare pubbliche devono essere celebrate tramite l'utilizzo di sistemi telematici (cfr. art. 58, d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, "Codice Appalti").

Nel silenzio della legge ed in assenza di specifiche indicazioni da parte delle autorità competenti sulla sussistenza di un obbligo oppure di una facoltà da parte delle P.A. di sospendere i termini dei procedimenti relativi alle pubbliche competizioni, le stazioni appaltanti si trovano a dover bilanciare l'esigenza di garantire lo svolgimento delle gare pubbliche e, al tempo stesso, di applicare l'art. 103, DL Cura Italia.

Sotto altro profilo gli operatori economici cercano di comprendere cosa deciderà la stazione appaltante di turno in relazione alla gara a cui hanno intenzione di partecipare e devono preparare la documentazione a corredo e la relativa offerta in modalità smart working.

In conclusione, da una ragionata e pratica applicazione dell'art. 103, DL Cura Italia, si dovrebbe:

1) in relazione alle gare da indire, prevedere termini più ampi rispetto a quelli minimi previsti dal Codice Appalti;

2) per le gare in corso, ricorrere alla sospensione dei termini di gara (che riprenderebbero a decorrere dal 15 aprile 2020) oppure disporre una proroga, stabilendo nuovi termini per l'espletamento di eventuali sopralluoghi, per la trasmissione di richieste di chiarimento e dei relativi riscontri nonché per la presentazione delle domande di partecipazione e/o di ricevimento delle offerte;

3) in relazione alla stipula dei contratti relativi a gare aggiudicate, procedere alla stipula del contratto, verificando che le relative prestazioni

risultino in concreto eseguibili nel periodo di vigenza delle misure restrittive sinora adottate per arginare la diffusione del Covid-19;

4) per i contratti in corso di esecuzione, valutare se ricorrere alla sospensione parziale o temporanea delle attività, ai sensi dell'art. 107, commi 1 e 4, Codice Appalti, oppure se procedere, su istanza dell'esecutore, ad una proroga del termine di esecuzione del contratto, ai sensi dell'art. 107, comma 5, Codice Appalti, ove fosse possibile riprogrammare i lavori, senza sospenderli.

Proprio con riferimento ai contratti in corso di esecuzione, sono emerse numerose criticità in ordine alla possibilità di proseguire l'esecuzione delle prestazioni contrattuali, soprattutto nell'ambito degli appalti di lavori, garantendo contestualmente condizioni di salubrità e sicurezza degli ambienti di lavoro e delle modalità lavorative.

A questo proposito, in data 19 marzo 2020, il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ha pubblicato il protocollo di regolamentazione per il contenimento della diffusione del Covid-19 nei cantieri edili, procedendo ad una rivalutazione dell'art. 91, comma 1, DL Cura Italia, secondo cui il rispetto delle misure di contenimento è sempre considerato ai fini dell'esclusione ex artt. 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti.

In definitiva, l'ambiguità interpretativa che sta dividendo le stazioni appaltanti, tra sostenitori dell'obbligo e quelli della facoltà di sospensione dei termini per lo svolgimento degli appalti pubblici, potrebbe dare luogo al rischio di contenzioso, particolarmente elevato nel caso di chi, invocando la sussistenza di un obbligo di sospensione a fronte di quanto disposto dall'art. 103, DL Cura Italia, ritenga illegittima la scelta delle P.A. di proseguire lo

svolgimento della procedura di gara.

Cinque & Soci s.r.l.

Società tra avvocati