

Gestione dei rapporti con gli appaltatori in relazione alla situazione determinata dal virus Covid-19

Alberto Barbiero

Versione 23.03.2020

Principali problematiche nella gestione degli appalti

Problematiche relative alle procedure di affidamento

- Problematiche relative alle procedure di gara in fase di indizione.
- Problematiche relative alle procedure di gara in corso.

Problematiche relative all'esecuzione dell'appalto

- Problematiche relative alla sicurezza sul lavoro (DUVRI).
- Problematiche relative alla sospensione di contratti.

Problematiche relative a nuovi affidamenti

- Aspetti critici relativi all'utilizzo di procedure negoziate

Problematiche relative alle procedure di affidamento /1

Problematiche relative alle procedure di gara in fase di indizione

- Possibile necessità di prorogare ulteriormente l'appalto in corso, in ragione delle problematiche connesse:
- a) alla necessità di assicurare la continuità del servizio o della fornitura (a fronte di possibili allungamenti della procedura di gara prevista);
- b) alla gestione della nuova gara (es. necessità di sopralluogo che non potrebbe essere organizzato adeguatamente per gli OE provenienti da zone a contenimento rafforzato, impossibilità per la SA di gestire la gara con la tempistica originariamente prevista, a causa di riconduzione delle risorse umane ad altre attività connesse all'emergenza, a causa della priorità da assegnare ad altre procedure di affidamento connesse a forniture di beni/servizi relativi all'emergenza, ecc.);
- c) alla necessità di assicurare un adeguato confronto concorrenziale, in quanto la situazione emergenziale può incidere significativamente sulla capacità di alcuni OE o di alcune categorie di OE (es. micro o piccole imprese) di partecipare alla nuova gara.

Problematiche relative alle procedure di affidamento /2

Problematiche relative alle procedure di gara in fase di indizione

- La giurisprudenza ha chiarito che «Quantunque la proroga del contratto (c.d. “proroga-ponte”) debba essere contenuta nei limiti dello strettamente necessario a portare a termine le procedure di aggiudicazione del nuovo contratto, è altrettanto vero che il legislatore non ha posto un limite massimo al ricorso alla proroga (quando il legislatore ha inteso, in taluni settori, fissare una durata massima per i contratti in essere, l’ha stabilito con norme chiare e specifiche (ad esempio nel settore della distribuzione del gas), mentre nell’art. 106 comma 11 del d.lgs. n. 50/2016 non v’è più traccia della fissazione di una durata massima della proroga, che dunque deve ritenersi ammissibile sino a definizione delle nuove procedure di affidamento ancorché esse possano richiedere un tempo maggiore.» (Tar Piemonte, sez. I, sentenza n. 276 del 28 febbraio 2018).

Problematiche relative alle procedure di affidamento /3

Problematiche relative alle procedure di gara in fase di indizione

- Perché possa aversi proroga del contratto esistente:
 - a) essa deve essere prevista da una clausola contenuta nel contratto;
 - b) essa deve essere disposta contestualmente all'avvio della nuova procedura di gara (con determinazione a contrarre);
- In caso di inesistenza della clausola di proroga, la SA può disporre un affidamento temporaneo con procedura negoziata, con termine rapportato allo svolgimento della nuova procedura di gara.
- Perché possa aversi ulteriore proroga del contratto esistente, la proroga deve essere stata già disposta, in relazione a una procedura di gara già avviata e per la quale si stabiliscono differenti termini di sviluppo.

Problematiche relative alle procedure di affidamento /4

Problematiche relative alle procedure di gara in fase di indizione

- Necessità di rivedere la tempistica della gara in relazione alla migliore organizzazione della procedura, relativamente ad alcuni adempimenti (es. sopralluogo obbligatorio, partecipazione alla seduta pubblica, ecc.) che potrebbero risultare problematici per gli OE in relazione a limiti alla mobilità derivanti dalla normativa emergenziale (es. prevedendo in tal caso che la convocazione per sopralluogo costituisca valida giustificazione per spostamento).
- Necessità di rivedere la tempistica della gara considerando i possibili problemi derivanti, per gli OE in alcuni settori, dalla sospensione dei procedimenti determinata dall'art. 103 del d.l. n. 18/2020 (es. difficoltà di ottenimento di certificazioni/attestazioni relative a servizi precedentemente svolti).
- Necessità di rivedere la tempistica della gara in relazione a priorità per altre attività connesse all'emergenza.

Problematiche relative alle procedure di affidamento /5

Problematiche relative alle procedure di gara in fase di indizione

- L'organizzazione della nuova gara, a fronte delle principali problematiche determinate dalla normativa emergenziale (soprattutto inerenti la mobilità delle persone) deve essere impostata necessariamente con le piattaforme telematiche, in aderenza all'obbligo generale previsto dall'art. 40, comma 2 del d.lgs. n. 50/2016, evitando il ricorso a procedure «tradizionali».
- Nelle regole della nuova gara è necessario prevedere soluzioni che evitino l'obbligo di presenza in una stessa sede (es. mediante seduta pubblica gestita con tecnologie che permettono la partecipazione dei rappresentanti degli OE da remoto).

Problematiche relative alle procedure di affidamento /6

Problematiche relative alle procedure in corso

- Necessità di ridefinire termini della procedura di gara (es. per presentazione offerte e per richieste di chiarimenti) in relazione a problematiche segnalate da OE per far fronte ad adempimenti di gara (es. obbligo di sopralluogo).
- Necessità di modificare alcuni elementi della procedura (es. PSC/DUVRI) in base ad elementi emersi dall'analisi della situazione di emergenza.
- Necessità di modificare alcune regole per le sedute pubbliche, per consentire la partecipazione dei rappresentanti degli OE «da remoto».

Problematiche relative alle procedure di affidamento /7

Problematiche relative alle procedure in corso

- La SA deve procedere alla verifica delle gare in corso e di particolari modalità (es. in caso di gestione “tradizionale” con consegna buste) o obblighi (obbligo di sopralluogo) che potrebbero determinare la ridefinizione dei termini per la presentazione delle offerte : in tali casi è necessaria la ridefinizione dei termini, tenendo conto della potenziale durata della situazione emergenziale.
- Potrebbe essere opportuno anche adottare soluzioni finalizzate a garantire «da remoto» la visione dei luoghi, eliminando quindi l’obbligo di sopralluogo (a meno che questo non sia effettivamente necessario «in presenza»).
- Nel disciplinare di gara dovrebbero essere introdotte regole per la gestione delle fasi “in seduta pubblica” attraverso soluzioni informatiche che garantiscano la gestione dei lavori e la partecipazione degli OE da remoto

Problematiche relative alle procedure di affidamento /8

Problematiche relative alle procedure in corso

- X. Le sedute pubbliche saranno gestite dal Rup (fase di ammissione) e dalla Commissione giudicatrice (apertura buste offerte) mediante utilizzo del sistema di videoconferenza, unitamente alle funzionalità «seduta pubblica» della piattaforma telematica con cui si gestisce la procedura.
- X. I rappresentanti degli OE saranno invitati a collegarsi in videoconferenza per la seduta pubblica, previa verifica della loro identità.
- X. Le attività svolte in seduta pubblica mediante videoconferenza saranno registrate e gli OE devono a tal fine rilasciare liberatoria, mediante utilizzo del modello, da inviare all'indirizzo di posta elettronica

Problematiche relative alle procedure di affidamento /9

Problematiche relative alle procedure in corso

- Nella gestione delle procedure di gara si deve tener conto delle problematiche operative riguardanti gli OE: ad es. nella definizione del termine per l'esercizio del soccorso istruttorio, anche adempimenti di minore complessità potrebbero richiedere, nel corso della fase emergenziale, tempistiche più lunghe.
- Una volta terminata la gara, la SA deve tener conto delle problematiche che possono aversi in relazione alla verifica dei requisiti degli OE (in particolare dei requisiti di ordine generale), a fronte della sospensione dei termini del procedimento di rilascio determinata dall'art. 103 del d.l. n. 18/2020 e dal rallentamento delle attività delle amministrazioni certificanti.

Problematiche relative all'esecuzione dell'appalto / Questioni preliminari / 1

- Per appalti di lavori, servizi e forniture in corso, è necessario verificare se riguardano opere, servizi o forniture:
- a) rientranti nelle categorie ATECO ammesse tra le attività produttive essenziali dal d.P.C.M. 22 marzo 2020 (in tal caso possono proseguire, ma vanno analizzate le singole situazioni);
- b) rientranti in categorie ATECO non ammesse tra le attività produttive essenziali dal d.P.C.M. 22 marzo 2020, ma comunque necessarie per assicurare servizi pubblici essenziali (in tal caso possono proseguire, ma con comunicazione al Prefetto);
- c) rientranti in categorie ATECO non ammesse tra le attività produttive essenziali dal d.P.C.M. 22 marzo 2020 e non necessarie per assicurare servizi pubblici essenziali (in tal caso NON possono proseguire);
- d) che sono comunque essenziali per far fronte all'emergenza in base all'art. 1, comma 1, lett. g) del d.P.C.M. 22 marzo 2020.

Problematiche relative all'esecuzione dell'appalto / Questioni preliminari / 2

- Per appalti di servizi e forniture in corso, è necessario verificare se riguardano processi erogativi di servizi pubblici essenziali, prendendo in considerazione la classificazione definita dall'art. 1 della legge n. 146/1990.
- Per processo erogativo si intende non solo quello realizzato direttamente dall'Amministrazione, ma anche quelli esternalizzati mediante appalto o concessione.
- Nel caso di SPE gestiti da soggetti controllati dall'Amministrazione, tale attività deve essere oggetto di verifica da parte del soggetto gestore, su input dell'Amministrazione.

Problematiche relative all'esecuzione dell'appalto / 1

Problematiche relative alla sicurezza sul lavoro (DUVRI).

- Per gli appalti in corso e che non saranno sospesi, è necessario che il DUVRI sia adeguato al nuovo quadro di rischio (data la sua natura di documento dinamico previsto dall'art. 26, comma 3 del d.lgs. n. 81/2008), con particolare attenzione:
 - a) per le problematiche connesse alle relazioni con gli utenti «interni/esterni»;
 - b) per le problematiche derivanti da interferenze tra i dipendenti degli appaltatori (soprattutto in contesti sensibili); nonché tra i dipendenti dell'appaltatore e gli operatori della SA.

Problematiche relative all'esecuzione dell'appalto / 2

Problematiche relative alla sicurezza sul lavoro.

- Per gli appalti in corso e che non saranno sospesi, è necessario che la SA verifichi (post adeguamento del DUVRI) che l'appaltatore abbia adottato tutte le misure di maggior prevenzione rispetto al rischio contagio previste per i processi produttivi (in particolare dall'art. 1, comma 1, punti 7 e 8 del D.P.C.M. 11 marzo 2020).
- Tali verifiche devono essere effettuate dal DL / DEC, anche mediante accesso ai cantieri / ai luoghi di sviluppo dell'appalto.
- Come riferimento può essere assunto il Protocollo predisposto dal MIT per contenere la diffusione del virus Covid-19 in data 19 marzo 2020.

Problematiche relative all'esecuzione dell'appalto / 3

Problematiche relative alla sospensione di contratti.

- I contratti relativi ad appalti che non rientrano in processi erogativi di servizi pubblici essenziali o che non riguardano la realizzazione di opere indifferibili possono essere sospesi, in forza della sussistenza delle circostanze speciali previste dall'art. 107, comma 1 del d.lgs. n. 50/2016.
- La sospensione è disposta dal Direttore dell'esecuzione del contratto (DEC) / dal Direttore dei Lavori (DL), secondo la procedura regolata dallo stesso art. 107 e dal d.m. MIT n. 49/2018.

Problematiche relative all'esecuzione dell'appalto / 4

- Le ragioni incidenti sulla sospensione possono essere:
- a) situazioni, derivanti dall'emergenza, che incidano sulla regolare esecuzione dell'appalto (incidenza potenziale di rischio dell'appalto per contatti tra operatori e utenti secondo modalità non protette, difficoltà nell'approvvigionamento dei materiali, problematiche relative alla mobilità delle risorse umane impiegate nell'appalto);
- b) situazioni derivanti dai provvedimenti (dPCM) di attuazione del d.l. 9/2020 che sospendono attività in alcuni settori (es. servizi educativi, scuole con relativi servizi complementari connessi come servizi di pulizia), facendo riferimento in particolare a quanto stabilito dall'art. 1 del d.P.C.M. 22 marzo 2020.

Problematiche relative alla gestione dell'appalto / 5

Problematiche relative a possibili ritardi nell'esecuzione delle prestazioni

- In relazione agli appalti in corso la SA deve porre particolare attenzione all'analisi delle situazioni che determinano ritardi nell'esecuzione delle prestazioni, poiché potrebbero derivare da problematiche dell'appaltatore determinate dal necessario rispetto delle norme emergenziali.
- In sede di attivazione del procedimento per l'applicazione di penali, pertanto, la SA deve necessariamente sviluppare un'accurata istruttoria, considerando anche la potenziale esimente prevista dall'art. 91 del d.l. n. 18/2020.
- «Il rispetto delle misure di contenimento di cui al 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.»

Problematiche relative a nuovi affidamenti /1

Problematiche relative all'utilizzo di procedure negoziate

- Per l'affidamento di lavori, servizi e forniture che siano riconducibili all'emergenza o a situazioni incise dalla stessa, è possibile ricorso alla procedura negoziata prevista dall'art. 63, comma 2, lett. c) del d.lgs. n. 50/2016, in quanto la situazione emergenziale rientra pienamente nella fattispecie, poiché imprevedibile e non imputabile alle SA.
- La determinazione a contrarre relativa al ricorso a tale procedura dovrà specificare in motivazione gli elementi che ne consentono l'applicazione, indicando quale presupposto la situazione emergenziale e l'incidenza della stessa sullo sviluppo del lavoro, del servizio o della fornitura.

Problematiche relative a nuovi affidamenti /2

Problematiche relative all'utilizzo di procedure negoziate per affidamenti sottosoglia

- La situazione emergenziale può determinare l'utilizzo di procedure negoziate regolate dall'art. 36 del d.lgs. n. 50/2016 per acquisizione di lavori, beni o servizi di valore inferiore alle soglie Ue, connessi a particolari esigenze determinate dalla situazione stessa e non previste in programmazione (es. sanificazione uffici/aule scuole).
- In tal caso la motivazione deve evidenziare l'eccezionalità dei presupposti (riferendoli anche alla normativa emergenziale) e l'effettuazione al di fuori della programmazione (anche per evidenziare la non riconducibilità dell'affidamento a logiche di gestione complessiva di servizi/lavori/forniture analoghi).

Problematiche relative a nuovi affidamenti /3

Problematiche relative all'utilizzo di procedure negoziate per affidamenti sottosoglia

- In caso di utilizzo della procedura di affidamento diretto prevista dall'art. 36, comma 2, lett. a) del d.lgs. n. 50/2016 per lavori, servizi e forniture di valore inferiore ai 40.000 euro connessi ad esigenze determinate dalla situazione emergenziale, è opportuno che l'atto di affidamento riporti nella motivazione, quali presupposti dell'acquisto, gli elementi determinati dalla stessa situazione emergenziale e dagli obblighi previsti nella normativa correlata.

Problematiche relative a nuovi affidamenti /4

Problematiche relative all'utilizzo di procedure negoziate per affidamenti sottosoglia

- Il ricorso alle procedure disciplinate dall'art. 36 del Codice dei contratti pubblici per esigenze connesse alla situazione emergenziale può consentire la deroga all'applicazione del principio di rotazione.
- La motivazione della deroga, in tal caso, deve esplicitare:
 - a) l'incidenza della situazione emergenziale e della correlata normativa sull'operatività di molte tipologie di operatori economici (es. per limiti a mobilità e a processi produttivi), con conseguente riduzione del numero di soggetti potenzialmente coinvolgibili
 - b) la necessità di salvaguardare comunque il principio di concorrenza e la possibilità per la SA di avere un numero adeguato di offerte, con il coinvolgimento di precedente/i affidatario/invitati nella nuova procedura.

Problematiche relative a nuovi affidamenti /5

Focus su aspetti regolati dall'art. 91 del d.l. 18/2016

- In relazione ai nuovi affidamenti, qualora si proceda alla consegna in via d'urgenza dei lavori o all'esecuzione in via d'urgenza dei servizi/delle forniture in base all'art. 32, comma 8 del d.lgs. n. 50/2016, all'appaltatore deve essere garantita l'anticipazione del prezzo secondo quanto previsto dall'art. 35, comma 18 dello stesso Codice dei contratti pubblici.
- L'art. 103 sulla sospensione dei procedimenti NON si applica ai pagamenti di professionisti e appaltatori di lavori, servizi e forniture, per esplicita esclusione prevista dal comma 4 della stessa disposizione.

Alberto Barbiero

tel.: 3382261291

alberto.barbiero1@gmail.com