

Legal Report

Considerazioni preliminari sul decreto Cura Italia Riflessi sui contratti pubblici e sul processo amministrativo

20 marzo 2020



Legal Report

Quadro Generale

In data 17 marzo 2020, è stato pubblicato il Decreto Legge n. 18 del 17 marzo 2020 (c.d. "Cura Italia"; di seguito il "**Decreto**"), recante, tra l'altro, talune disposizioni in materia di affidamento ed esecuzione dei contratti pubblici, nonché di processo amministrativo, volte a fornire una "spinta propulsiva" all'economia e a mitigare gli effetti operativi che l'emergenza epidemiologica COVID-19 sta producendo.

Il presente documento vuole fornire una panoramica generale delle principali previsioni che impattano sulle modalità di assegnazione dei contratti pubblici – in molti casi semplificandole - e sui procedimenti in essere o da attivare innanzi alla giustizia amministrativa contenute nel Decreto.

Il nostro Team di diritto amministrativo è a disposizione per qualsiasi chiarimento in merito.

Contatti

Giorgio Lezzi, Partner

T: +39 02 5413 1736

giorgio.lezzi@osborneclarke.com

Federica Fischetti, Associate

T: +39 02 5413 1750

federica.fischetti@osborneclarke.com

Angelo Maria Quintieri, Senior Lawyer

T: + 39 02 5413 1754

angelomaria.quintieri@osborneclarke.com

Sabrina Maiello, Associate

T: +39 06 3269 5007

sabrina.maiello@osborneclarke.com

1. Interventi per favorire l'internazionalizzazione delle Imprese italiane e la promozione dei prodotti italiani nel mondo (**art. 72**)

Al fine di promuovere le esportazioni italiane all'estero, l'internazionalizzazione delle Imprese italiane e la promozione dei prodotti italiani nel mondo, il Decreto ha istituito nello stato di previsione del Ministero degli Affari esteri e della cooperazione internazionale un "*Fondo per la promozione integrata*" con una dotazione iniziale di 150 milioni per l'anno 2020.

Le iniziative previste appaiono finalizzate, sostanzialmente, alla **realizzazione di una campagna di comunicazione straordinaria** per promuovere l'economia nazionale all'estero e attrarre investimenti, con particolare riguardo ai settori maggiormente colpiti dall'emergenza connessa al Covid-19, tra i quali quello agro-alimentare (esplicitamente citato nella norma), ma anche quello del turismo. Per la realizzazione degli interventi finanziabili, il Decreto prevede che fino al 31 dicembre 2020 i contratti di lavori, servizi e forniture possano essere aggiudicati mediante **procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando ai sensi dell'art. 63 comma 6 del d.lgs. 50/2016** ("*Codice dei contratti pubblici*") quindi selezionando, previa consultazione del mercato, almeno 5 operatori economici (ove esistenti). L'aggiudicazione avverrà in favore del concorrente che abbia offerto le condizioni più vantaggiose ai sensi dell'art. 95 del d.lgs. 50/2016. Si segnala, infine, che, in mancanza di una esplicita previsione nell'art. 72, la disposizione appare applicabile ai contratti di qualunque importo (sia sotto soglia che sopra soglia). Si tratta di una norma che, atteso il suo tenore letterale, potrà avere immediato impatto, tra l'altro, anche sull'attività delle imprese che forniscono servizi pubblicitari.

2. Acquisti di beni e servizi informatici e di servizi di connettività (**art. 75**)

Per favorire l'applicazione delle misure di contrasto agli effetti dell'emergenza da COVID-19 consistenti nella diffusione del lavoro agile e dei servizi in rete e nell'agevolazione dell'accesso agli stessi da parte di cittadini e imprese, è prevista la **semplificazione delle procedure pubblicistiche di acquisto di beni e servizi informatici** (preferibilmente basati sul modello *cloud SaaS - software as a service*) e **di servizi di connettività**.

Pertanto, **fino al 31 dicembre 2020**, le amministrazioni aggiudicatrici di cui all'art. 3 del D.Lgs. n. 50/2016 (*Codice dei Contratti Pubblici*) e le autorità amministrative indipendenti (incluse CONSOB e COVIP), con le risorse disponibili a legislazione vigente, in deroga a ogni disposizione di legge non penale e fermo il rispetto delle disposizioni antimafia recate dal d.lgs. n. 159/2011, sono autorizzate a procedere a detti acquisti con **procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara ai sensi dell'articolo 63, comma 2, lett. c), del Codice**, il tutto con le seguenti modalità:

- a) gli atti di indizione della procedura negoziata sono trasmessi al Dipartimento per la trasformazione digitale e al Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri, e ciò, secondo la Relazione Illustrativa al Decreto, per consentire il monitoraggio e la verifica dell'impatto della disposizione rispetto al processo di trasformazione digitale della P.A.;
- b) l'affidatario è selezionato tra almeno quattro operatori economici, di cui almeno una «start-up innovativa» o un «piccola e media impresa innovativa», iscritta nell'apposita sezione speciale del registro delle imprese di cui all'art. 25, co. 8, del d.l. n. 179/2012 e all'art. 4, co. 2, del d.l. n. 3/2015;
- c) la stipula del contratto è preceduta:
 - dall'acquisizione dell'autocertificazione con cui l'aggiudicatario attesta il possesso dei requisiti generali, finanziari e tecnici e l'assenza di motivi di esclusione rilevabili dal Casellario Informativo ANAC;
 - dalla verifica del rispetto delle prescrizioni imposte dal d.lgs. n. 159/2011 in materia di disposizioni antimafia;

d) conclusa la procedura di gara, le amministrazioni stipulano immediatamente il contratto e ne avviano l'esecuzione, anche in deroga ai termini di cui all'articolo 32 del Codice.

Il Decreto precisa che gli approvvigionamenti in esame devono essere relativi a progetti coerenti con il Piano triennale per l'informatica nella pubblica amministrazione e che gli interventi di sviluppo e implementazione dei sistemi informativi devono prevedere, ove ciò sia possibile, l'integrazione con le piattaforme previste dagli artt. 5, 62, 64 e 64-bis del d.lgs. n. 82/2005 (c.d. "Codice dell'Amministrazione Digitale").

3. Giudizi amministrativi: sospensione dei termini, rinvio delle udienze ed altre disposizioni operative (**art. 84**)

Il Decreto ha disposto la sospensione di tutti i termini relativi al processo amministrativo dal 9 marzo al 15 aprile 2020, che incide sui giudizi da proporre e per quelli già promossi.

In particolare, i **termini giudiziari di impugnazione ancora non spirati** (relativi alla proposizione di un nuovo ricorso – principale, incidentale o per motivi aggiunti - al TAR e dell'appello al Consiglio di Stato) vengono per l'effetto sospesi e la scadenza di detti termini è differita per un periodo uguale a quello di sospensione.

Per i **giudizi amministrativi già promossi**, quale conseguenza generale della sospensione: a) le udienze pubbliche e camerale dei procedimenti già pendenti, fissate nel periodo in questione, sono rinviate d'ufficio a data successiva; b) i procedimenti cautelari, promossi o pendenti nel medesimo periodo, sono decisi con decreto monocratico del Presidente del TAR competente e la relativa trattazione collegiale è fissata ad una data immediatamente successiva al 15 aprile 2020; c) i decreti monocratici, già adottati prima del 9 marzo 2020, che non sono stati trattati dal collegio in una camera di consiglio originariamente fissata durante il periodo di sospensione, restano efficaci fino alla trattazione collegiale, che verrà fissata in data successiva al 15 aprile 2020.

Vengono inoltre stabilite talune **ipotesi derogatorie**, riferibili a fattispecie specifiche, **concernenti i ricorsi già pendenti**. Più in particolare: i) nei procedimenti cautelari in cui sia stato emanato decreto monocratico di accoglimento, totale o parziale, della domanda cautelare, la successiva trattazione collegiale in camera di consiglio è fissata "ove possibile", a partire dal 6 aprile 2020 e il collegio definisce la fase cautelare sulla base degli atti depositati, senza discussione orale, salva la presentazione di istanza di rinvio ad opera di una delle parti (in tal caso la trattazione collegiale è rinviata a data successiva al 15 aprile 2020; ii) nel periodo dal 6 aprile al 15 aprile 2020, le controversie fissate per la trattazione, sia in sede camerale sia in udienza pubblica, passano in decisione, senza discussione orale, sulla base degli atti depositati, se ne fanno istanza tutte le parti costituite.

Inoltre, vengono anche disciplinate le modalità di **trattazione delle udienze** (camere di consiglio e udienze pubbliche) che si terranno **nel periodo dal 15 aprile al 30 giugno 2020**. Durante tale lasso di tempo, tutte le controversie fissate per la trattazione passano in decisione, senza discussione orale, sulla base degli atti depositati, ferma restando la possibilità di definizione del giudizio in esito all'udienza cautelare con sentenza in forma semplificata, e ciò senza necessità di alcun avviso preventivo ai legali delle parti costituite. Quale strumento di "mitigazione" della compressione del diritto alla difesa orale, è stato previsto che le parti hanno la facoltà di presentare brevi note sino a due giorni liberi prima della data fissata per la trattazione.

Infine, quale forma di contenimento della diffusione del Covid-19 e di organizzazione delle attività della giustizia amministrativa, viene previsto, fra l'altro, il **possibile rinvio di tutte le udienze a data successiva al 30 giugno 2020**, assicurandone comunque la trattazione con priorità, anche mediante una nuova calendarizzazione delle udienze già fissate, fatta eccezione per le udienze e camere di consiglio relative alle cause per le quali la ritardata trattazione potrebbe produrre grave pregiudizio alle parti. Qualora tali provvedimenti determinino la decadenza da facoltà processuali, ne conseguirà la rimessione in termini delle parti interessate; laddove invece l'adozione dei predetti provvedimenti

impedisca l'esercizio di diritti, essi costituiranno causa di sospensione della prescrizione e della decadenza.

4. Istituti penitenziari e procedure di somma urgenza (art. 86)

È autorizzata la spesa di € 20.000.000 nell'anno 2020 per la realizzazione degli interventi urgenti volti alla ristrutturazione e alla rifunionalizzazione delle strutture e degli impianti degli istituti penitenziari danneggiati in occasione delle proteste dei detenuti avvenute a fronte delle notizie sulla diffusione del Covid-19, nonché all'attuazione delle misure di prevenzione previste dai protocolli sanitari (di cui all'art. 2, co. 1, lett. u), del d.P.C.m. 8 marzo 2020) elaborati dalla Direzione generale della prevenzione sanitaria del Ministero della salute per il contenimento della diffusione del contagio in relazione ai nuovi ingressi negli istituti penitenziari e negli istituti penali per minorenni.

Fino al 31 dicembre 2020, per consentire la tempestività di detti interventi, il Decreto autorizza l'utilizzo delle **procedure di somma urgenza di cui all'art. 163 del Codice**, e ciò anche in deroga:

- a) ai limiti di spesa ivi previsti, fermo restando il limite della soglia di rilevanza europea;
- b) al termine di presentazione della perizia giustificativa dei lavori di cui all'art. 163, co. 4, del Codice.

5. Profili operativi concernenti la fase di esecuzione dei contratti (art. 91)

Sotto il profilo esecutivo dei contratti (anche pubblici), il Decreto ha previsto la possibilità di **valutare l'esclusione**, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 del cod. civ., **della responsabilità del debitore**, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti prescritti dalla disciplina negoziale, qualora l'inadempimento contrattuale tragga origine dal doveroso rispetto delle misure di contenimento della diffusione del Covid-19, per come stabilite dal d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni dalla l. 5 marzo 2020, n. 13 (quali, ad esempio, le "*limitazioni allo spostamento*" che possano influire sul rispetto dei termini di esecuzione dei contratti).

Si tratta, ad ogni modo, non già di una esclusione automatica delle predette responsabilità, ma di una situazione che dovrà essere valutata – volta per volta e in funzione delle specifiche caratteristiche proprie del contratto – dal Direttore dei lavori, oppure dal Direttore dell'esecuzione e dal Responsabile unico del procedimento (ai fini dell'irrogazione di eventuali penali e/o dell'analisi delle potenziali riserve iscritte in corso di appalto), nonché dal giudice eventualmente chiamato a vagliare il contenuto delle pretese fatte valere dalle parti in sede giudiziale.

In particolare, qualora l'inadempimento venga ritenuto derivante da una vera e propria "*impossibilità sopravvenuta*", in quanto non derivante dalla responsabilità (anche gestionale ed operativa) del debitore, si potrà avere un inadempimento incolpevole; in ogni altro caso, l'inadempimento dovrà ritenersi colpevole, con diritto di irrogazione delle penali, di rigetto di eventuali riserve e conseguente obbligo di risarcimento del danno subito dalla parte non inadempiente (normalmente: la stazione appaltante).

Inoltre, è stata introdotta una modifica all'art. 35, c. 18 del d.lg. n. 50/2016 (c.d. *Codice dei contratti pubblici*) in materia di anticipazione del prezzo di appalto, modifica, questa, che non ha stretta connessione con l'emergenza Covid-19, ma che può essere interpretata quale forma di ausilio al rilancio dell'economia legata al settore dei contratti pubblici.

In particolare, è stato stabilito che **l'anticipazione del prezzo dell'appalto** (applicabile sia per gli appalti di lavori, sia – oggi - per quelli di servizi e forniture, a seguito dell'entrata in vigore del c.d. *Decreto Sblocca Cantieri* emanato la scorsa estate) si ha non solo a seguito della sottoscrizione del contratto di appalto, ma **anche in caso di consegna in via di urgenza** dei lavori, dei servizi e delle

forniture (e, quindi, pure nelle more della formalizzazione del relativo contatto di appalto), disposta a termini dell'art. 32, comma 8 del medesimo d.lg. n. 50/2016.

6. Deroga al Codice dei contratti pubblici per le strutture del SSN (art. 99)

In considerazione del proliferare di iniziative di raccolta fondi a sostegno delle strutture e del personale sanitario, al fine di accelerare i tempi per l'impiego di tali fondi, il Decreto ha previsto una deroga alla disciplina del Codice dei contratti pubblici per l'acquisizione di forniture e servizi da parte delle aziende, agenzie e degli enti del Servizio sanitario nazionale (commi 3 – 5).

In particolare, è stata ammessa la possibilità di ricorrere alla procedura dell'affidamento diretto, senza onere di procedere alla previa consultazione di due o più operatori, con i seguenti limiti:

temporale: la deroga è limitata al periodo semestrale di emergenza sanitaria deliberato dal CDM il 31 gennaio 2020 (e comunque sino al 31 luglio 2020);

oggettivo: il finanziamento deve provenire in via esclusiva da donazioni di persone fisiche o giuridiche private, ai sensi dell'art. 793 c.c.;

finalistico: l'affidamento deve essere conforme al motivo di liberalità;

economico: la deroga è ammessa soltanto per i contratti sotto soglia. L'importo dell'affidamento non deve essere superiore a euro 209.000 (o euro 135.000 per le pubbliche amministrazioni centrali, secondo le soglie previste dall'art. 35 del Codice dei contratti pubblici).

Si legge nella Relazione illustrativa al Decreto che la previsione di una procedura più snella per l'acquisizione di materiale sanitario destinato ai medici e alle strutture sanitarie coinvolte nella lotta al fenomeno epidemiologico è giustificata dal fatto che non si tratta, nel caso di specie, di somme erariali e di somme tutte erogate in relazione all'epidemia in atto.

Al fine di garantire piena trasparenza e tracciabilità delle somme ricevute e del relativo impiego, il Decreto ha, inoltre, previsto l'obbligo per le pubbliche amministrazioni beneficiarie di aprire un conto corrente separato presso il proprio tesoriere e un onere di rendicontazione separata degli interventi posti in essere mediante il ricorso alla procedura accelerata di acquisizione di beni e servizi, rendicontazione da pubblicare al termine del periodo emergenziale sul proprio sito internet istituzionale oppure su altro sito idoneo.

Al comma 4, è stata, infine, inserita una disposizione che fa chiarezza sulla disponibilità delle risorse per le strutture sanitarie, stabilendo che le erogazioni liberali integrano e non assorbono i budget deliberati per l'acquisizione di stabili con decreto di assegnazione regionale.

7. Procedimenti amministrativi nel periodo emergenziale (art. 103)

Per il periodo dal 23 febbraio al 15 aprile 2020 e, pertanto, con efficacia retroattiva, il Decreto ha stabilito un periodo di **sospensione straordinaria 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.

Conseguentemente, tutti i termini dei procedimenti amministrativi pendenti al 23 febbraio 2020 devono intendersi prorogati *ex lege* per un periodo corrispondente alla durata della sospensione.

Al fine di porre rimedio ad eventuali ritardi dettati dalla situazione contingente e dalle esigenze di riorganizzazione lavorativa della pubblica amministrazione, è stato inoltre stabilito un periodo di proroga o differimento, per il medesimo periodo temporale, del termine per la formazione della volontà conclusiva dell'amministrazione nelle forme del silenzio (assenso o diniego).

8. Acquisti delle istituzioni scolastiche per la didattica a distanza (**art. 120**)

In considerazione della necessità di svolgere le lezioni non in presenza, il Decreto incrementa il Fondo per l'innovazione digitale e la didattica laboratoriale - di cui all'art. 1, co. 62, della l. n. 107/2015 – di € 85.000.000 per l'anno 2020, di cui, tra l'altro:

- a) € 10.000.000 destinati a consentire alle istituzioni scolastiche di dotarsi immediatamente di **piattaforme e di strumenti digitali utili per l'apprendimento a distanza o per il potenziamento di quelli già in uso**, nel rispetto dei criteri di accessibilità per le persone con disabilità);
- b) € 70.000.000 destinati a **mettere a disposizione degli studenti meno abbienti, in comodato d'uso, dispositivi digitali individuali (tablet, laptop)** per la fruizione delle piattaforme di cui alla lettera a) e per la necessaria connettività di rete.

Le istituzioni scolastiche provvedono all'**acquisto delle piattaforme e dei dispositivi** sopraindicati facendo **ricorso alle convenzioni-quadro di cui all'art. 1, co. 449, l. n. 296/2006** ("Legge finanziaria 2007") e al **mercato elettronico della pubblica amministrazione (MePA)** di cui all'art. 1, co. 450, della legge da ultimo citata.

Qualora non sia possibile ricorrere a tali strumenti, l'acquisto è consentito anche in deroga alle disposizioni del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

Le risorse economiche stanziare saranno ripartite tra le istituzioni scolastiche con decreto del Ministro dell'istruzione in base alla distribuzione per reddito nella relativa regione e al numero di studenti di ciascuna.

Le somme assegnate – come precisato nella Relazione Tecnica al Decreto, nelle more delle occorrenti variazioni di bilancio – possono essere anticipate dal Ministero dell'istruzione alle istituzioni scolastiche e a cura dei revisori dei conti di queste ultime è previsto lo svolgimento dei controlli sull'utilizzo delle risorse finanziarie in relazione alle finalità per le quali le risorse stesse sono state assegnate.

9. Entrata in vigore (**art. 127**)

Il Decreto **è entrato in vigore il 17 marzo 2020**, ossia dalla data di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale n. 70 del 17 marzo 2020 (quindi il medesimo giorno della sua firma).

Le informazioni contenute nel presente documento hanno natura confidenziale e potrebbero essere coperte da segreto professionale. Il documento è stato predisposto da Osborne Clarke. Nessuna persona, ad esclusione del destinatario potrà fare uso o affidamento sul presente senza il nostro previo consenso scritto. Di conseguenza, non accettiamo alcuna responsabilità in relazione al presente nei confronti di persone o entità se non il destinatario. Grafici eventualmente contenuti nel presente documento sono inseriti allo scopo di facilitare la comprensione dell'analisi ivi contenuta e non potranno sostituirsi ad una lettura accurata dell'intero documento.