



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

Proposta di intervento normativo al fine di consentire il ricorso alle procedure previste nell'art. 163 e nell'art. 63 del codice dei contratti pubblici fino al 31 dicembre 2020

Con il Documento illustrativo e il Vademecum (pubblicati in data 9.4.2020) l'ANAC ha inteso chiarire come siano ordinariamente a disposizione delle stazioni appaltanti – in quanto contenute nel Codice dei Contratti – disposizioni che consentono l'accelerazione e la semplificazione nello svolgimento delle procedure di gara. Ciò, ferme restando le indicazioni in quella sede più dettagliatamente fornite, è particolarmente vero per affidamenti di lavori fino ad 1 milione di euro e di servizi e forniture fino alle soglie europee per i quali in via ordinaria è possibile procedere all'affidamento con procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando.

Ulteriori disposizioni di semplificazione sono quelle che fanno riferimento a situazioni di urgenza (art. 63, comma 2, lettera c) d.lgs. 50/2016) e a provvedimenti emergenziali (art. 163 d.lgs. 50/2016). In entrambi i casi è possibile ricorrere alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando – se non addirittura ad affidamento diretto (dove la sostanziale differenza rispetto alla procedura negoziata senza bando risiede nella possibilità di procedere ad affidamento evitando anche un minimo confronto tra operatori del mercato) – anche al di fuori dei limiti d'importo ordinariamente previsti, dunque sostanzialmente **anche per appalti di lavori di importo superiore ad un milione di euro**, purché in presenza di adeguata motivazione in ordine al ricorrere dei presupposti dell'urgenza o dell'emergenza.

Nell'attuale contesto si ritiene che possa essere di ausilio per le stazioni appaltanti, anche in un'ottica di impulso ed accelerazione agli approvvigionamenti pubblici come volano per superare lo stato di grave crisi economica e sociale conseguente all'emergenza sanitaria in atto,



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

fornire supporto per l'adeguato ricorso agli strumenti emergenziali sopra richiamati.

Tenuto conto che la maggiore criticità nel ricorso agli stessi risiede nell'individuazione, da parte delle stazioni appaltanti, della motivazione sulla base della quale legittimare l'affidamento diretto o la procedura negoziata senza bando, appare possibile fornire alcune indicazioni desumibili dal quadro normativo e dai dati in possesso dell'Autorità.

Si ricorda che, ai sensi del combinato disposto dell'art. 163, comma 6, d.lgs. 50/2016 e degli art. 2, comma 7, e art. 7 d.lgs. 224/2018 il (Codice della protezione Civile), il verificarsi di una circostanza di somma urgenza (art. 7 d.lgs. 224/2018) legittima l'adozione di procedure d'urgenza finalizzate al superamento dell'emergenza (art. 163 d.lgs. 50/2016) anche tramite **l'attuazione coordinata di misure volte a rimuovere gli ostacoli alla ripresa delle normali condizioni di vita e di lavoro, nonché l'attuazione di prime misure idonee a fronteggiare i danni subiti dalle attività economiche e produttive**, così come risultano all'esito di prima ricognizione.

Si osserva, altresì, che l'art. 163, comma 3, d.lgs. 50/2016 ammette il ricorso alle procedure di estrema urgenza "finché non risultino eliminate le situazioni dannose o pericolose", entro un breve termine stabilito dalla stessa disposizione (15 gg), ovvero entro il termine stabilito dalla declaratoria dello stato di emergenza di cui all'articolo 5 della legge n. 225 del 1992. Abrogata tale legge, attualmente le disposizioni sulla dichiarazione dello stato di emergenza per il tramite di Decreto della Presidenza del Consiglio dei Ministri sono contenute nell'art. 24 del richiamato d.lgs. 224/2018 che ne prevede la durata massima in 12 mesi, prorogabile per non più di ulteriori 12 mesi.

Alla luce di quanto sopra appare, pertanto, compatibile con il sistema il ricorso a procedure d'urgenza (e quindi all'accelerazione delle procedure di affidamento sia ai sensi dell'art. 63, anche per affidamenti di importi superiori alle soglie comunitarie, sia ai sensi dell'art. 163 d.lgs. 50/2016),



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

laddove la motivazione da parte delle stazioni appaltanti possa poggiare su due elementi: uno temporale ed uno sostanziale afferente all'oggetto dell'affidamento¹.

In un'ottica di semplificazione ed anche di migliore coerenza con il quadro normativo riportato, si ritiene necessario che tali elementi vengano predeterminati a mezzo di indicazioni unitarie e certe, tenuto conto di quanto segue.

- 1) **Con riferimento al profilo temporale**, la possibilità di motivare il ricorso alle procedure di urgenza deve trovare legittimazione nella transitorietà necessaria al superamento dell'emergenza, da intendersi in un senso più ampio rispetto alla stretta nozione adottata dalla normativa sulla protezione civile, considerando quindi anche il profilo della ripresa economica e produttiva, come sopra chiarito, e nelle more del potenziamento (digitalizzazione e personale tecnico) delle Stazioni appaltanti qualificate. Il periodo entro il quale consentire tale ricorso non dovrebbe superare, quindi, la data del **31 dicembre 2020**.

- 2) **Sotto un profilo sostanziale** si ritiene necessario che l'oggetto dell'affidamento sia riconducibile ad ambiti individuati a monte. A tal proposito occorre chiarire che tali ambiti non devono necessariamente ritenersi limitati a quelli individuati dalla Comunicazione della Commissione Europea 2020/C 108 I/01 del 1.4.2020 (acquisizione di beni e servizi in ambito sanitario destinati a fronteggiare l'emergenza COVID-19). Ed infatti, poiché, alla

¹Tali indicazioni appaiono in linea con quelle da tempo enunciate in ordine ai presupposti degli interventi emergenziali individuati nell'urgenza, intesa come indifferibilità dell'atto dovuta alla situazione di pericolo inevitabile che minaccia gli interessi pubblici; nella contingibilità, intesa come straordinarietà, accidentalità ed imprevedibilità e nella temporaneità, in quanto gli effetti del provvedimento devono essere limitati nel tempo, in stretta correlazione con la persistenza dello stato di necessità (in questi termini Corte Costituzionale, Sentenze n. 201/1987 e, da ultimo n. 127/95; Cons. Stato Sent. 3 febbraio 1998 n. 197; Determinazione AVCP n. 20 del 30 luglio 2002; Cost. Sent. n. 127/95).



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

luce di tutto quanto sopra rappresentato, le azioni da intraprendere nell'attuale fase sono da intendersi emergenziali in quanto finalizzate a fronteggiare, in prima battuta, i danni subiti dalle attività economiche e produttive, sarà cura del legislatore individuare degli ambiti/settori merceologici nel contesto dei quali gli affidamenti pubblici potranno essere esperiti in urgenza in un'ottica di promozione e sostegno alla ripresa del mercato. Ferma restando la necessità che l'individuazione di tali ambiti sia effettuata attraverso una scelta di politica economica che non compete all'Autorità adottare, appare possibile in questa sede segnalare, sulla base dei dati quantitativi ed economici desumibili dalla BDNCP, i settori che si prestano maggiormente a tale funzione, per dimensione economica e/o per connessione diretta con attività destinate al superamento dell'emergenza propriamente sanitaria:

- **Manutenzioni** (eventualmente valutando forme semplificate di progettazione in analogia a quanto previsto art. 1 co.6 legge 55/2019)
 - **Lavori di ristrutturazione/costruzione di ospedali e scuole**
 - Interventi sulla **rete viaria**
 - Approvvigionamenti relativi al **sistema dei trasporti**
 - Approvvigionamenti nel **settore informatico**
 - Approvvigionamenti nel **settore sanitario**
- 3) Con riferimento all'importo si osserva che in ragione delle esigenze emergenziali appare possibile il superamento – **tramite apposito provvedimento centralizzato – del limite di 200.000 euro** per i lavori indicato al comma 1 dell'art. 163 d.lgs. 50/2016, eventualmente mediante adeguata modifica del primo periodo del



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

comma 8 volto a superare il limite temporale per l'eccezione già prevista².

Stabilito che vi sono i presupposti per un'applicazione delle procedure di urgenza e emergenza da parte delle stazioni appaltanti fino al 31 dicembre 2020, si tratta di individuare lo strumento giuridico più adatto, nell'alternativa tra a) il **prolungamento dello stato di emergenza** già dichiarato, **al massimo al 31.12.2020** nel rispetto dei limiti fissati dall'art. 24 d.lgs. 224/2018 e con le modalità ivi indicate (Deliberazione del Consiglio dei Ministri); b) l'approvazione di una **specifica norma primaria abilitatrice**.

La prima ipotesi è di più agevole adozione, ma può presentare il rischio di delimitare troppo il campo di intervento per le stazioni appaltanti, che si troverebbero nel dubbio sulla eventuale impossibilità di spingersi al di là della stretta nozione di interventi di protezione civile.

L'adozione di una **specifica norma di legge**, che espressamente autorizzi le stazioni appaltanti a motivare il ricorso alle procedure di urgenza e emergenza previste dal codice dei contratti per il protrarsi di una situazione emergenziale che pregiudica la ripresa economica e sociale del Paese, si palesa come la soluzione sicuramente più adatta alle finalità dell'intervento.

² Al riguardo occorre comunque ulteriormente chiarire che il comma 8 del citato art. 163 d.lgs. 50/2016 prevede un altro limite, ossia quello delle soglie comunitarie, laddove dispone che: "L'affidamento diretto per i motivi di cui al presente articolo non è comunque ammesso per appalti di valore pari o superiore alla soglia europea". Si tratta di un limite che non è superabile solo con un provvedimento di legge di senso contrario in quanto trova il suo riferimento nelle disposizioni delle Direttive Europee. Per gli affidamenti di importi superiori alle soglie comunitarie resta comunque possibile, in presenza di ragioni di estrema urgenza derivanti da eventi imprevedibili, fare ricorso, in luogo delle procedure ordinarie, alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando. Tuttavia in questo caso il riferimento normativo – eventualmente estensibile con disposizione di legge per tutta la durata dell'emergenza in corso – è l'art. 63, co. 3, lett. c) d.lgs. 50/2016, di diretto recepimento delle previsioni di cui all'art. 32, co. 2, lett. c) della Direttiva 24/2014/UE.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

Fermo quanto sopra, è compito dell'Autorità parallelamente rammentare che il potere di adottare procedure emergenziali ha natura eccezionale ed è strumentale al superamento della emergenza, pertanto non può espletarsi nei confronti di disposizioni di diretta attuazione di principi comunitari, né nei confronti delle norme riguardanti il controllo e la vigilanza sui contratti pubblici, mancando in tal caso il nesso di strumentalità tra esigenza di tempestivo intervento e deroga al procedimento di controllo.

Il ricorso alle procedure di emergenza secondo quanto sopra delineato non può comunque comportare l'inosservanza delle seguenti condizioni:

- la necessaria **verifica del possesso dei requisiti** da parte dell'operatore economico affidatario del contratto (già prevista);
- la **verifica antimafia**;
- la **tracciabilità** degli atti compiuti (a fini di controlli successivi, a campione);
- la **tracciabilità dei flussi finanziari**;
- la necessaria **autorizzazione** per l'utilizzazione di imprese subappaltatrici;
- la possibilità di **controlli successivi**, a campione, sui **prezzi praticati**;
- la **piena trasparenza**, attraverso la pubblicazione sul sito dell'amministrazione, di tutti gli atti adottati, anche relativi alla fase di esecuzione del contratto.

Si fa presente, comunque, che nel vademecum già pubblicato dall'ANAC sono già riportate una serie di semplificazioni possibili sugli adempimenti di legge relativi alla fase precedente e successiva alla stipula dei contratti (es. proprio ai sensi dell'art. 163, possibilità di posticipare le verifiche rispetto all'avvio dell'esecuzione)

Si ricorda, inoltre, che provvedimenti che consentano modalità più agevoli di affidamento anche nel superamento di qualsiasi confronto concorrenziale possono – ove non adeguatamente disciplinate e circoscritte – avere anche effetti negativi sul mercato. Si ricorda al riguardo



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

quanto evidenziato dal Considerando (50) Direttiva 2014/24/UE: “*Tenuto conto degli effetti pregiudizievoli sulla concorrenza, le procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara dovrebbero essere utilizzate soltanto in circostanze del tutto eccezionali*”. Anche sotto questo profilo, pertanto, si evidenzia la necessità che ogni eventuale misura di semplificazione sia accompagnata – ove possibile- da una parallela attenzione alla garanzia del principio di concorrenza che può essere perseguita sia accompagnando la misura di semplificazione dalla richiesta, comunque, di attuazione di **un minimo confronto competitivo prima della selezione** o di meccanismi di **rotazione**, sia prevedendo, in assenza di tali tutele, un lasso temporale predeterminato e compatibilmente breve, per l'intervento in deroga.

1° giugno 2020