



REGIONE PUGLIA
**Sezione Raccordo al sistema
regionale**



**Osservatorio
Regionale**
CONTRATTI PUBBLICI

NEWSLETTER N. 2/2020

A cura dell'avv. Valeria CITARELLA
Responsabile P.O. Affari Legali

Bari, 25 marzo 2020

La presente newsletter, nell'ambito delle funzioni della Sezione Raccordo al sistema regionale (già Sezione Gestione integrata acquisti), si inserisce in un percorso finalizzato alla formazione e all'aggiornamento dei R.U.P. operanti nell'ambito degli acquisti pubblici.

Con D.L. n. 18, del 17 marzo 2020, cosiddetto Decreto CuraItalia, recante "Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19", il Governo ha varato una serie di misure di potenziamento del servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19. Tra queste, figurano quelle intervengono direttamente sul Codice degli Appalti.

Nei paragrafi che seguono si dà conto delle modifiche destinate ad avere maggiore impatto sulle procedure di gara, con particolare riferimento alle attività dei R.U.P delle strutture regionali.

Art. 72

(Misure per l'internazionalizzazione del sistema Paese)

1. Nello stato di previsione del Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale è istituito il fondo da ripartire denominato "Fondo per la promozione integrata", con una dotazione iniziale di 150 milioni di euro per l'anno 2020, volto alla realizzazione delle seguenti iniziative:

a) realizzazione di una campagna straordinaria di comunicazione volta a sostenere le esportazioni italiane e l'internazionalizzazione del sistema economico nazionale nel settore agroalimentare e negli altri settori colpiti dall'emergenza derivante dalla diffusione del Covid-19, anche avvalendosi di ICE-Agenzia italiana per l'internazionalizzazione delle imprese e per l'attrazione degli investimenti;

b) potenziamento delle attività di promozione del sistema Paese realizzate, anche mediante la rete all'estero, dal Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale e da ICE-Agenzia italiana per l'internazionalizzazione delle imprese e per l'attrazione degli investimenti;

c) cofinanziamento di iniziative di promozione dirette a mercati esteri realizzate da altre amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2000, n. 165, mediante la stipula di apposite convenzioni;

d) concessione di cofinanziamenti a fondo perduto fino al cinquanta per cento dei finanziamenti concessi ai sensi dell'articolo 2, primo comma, del decreto-legge 28 maggio 1981, n. 251, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 luglio 1981, n. 394, secondo criteri e modalità stabiliti con una o più delibere del Comitato agevolazioni di cui all'articolo 1, comma 270, della legge 27 dicembre 2017, n. 205. I cofinanziamenti sono concessi nei limiti e alle condizioni previsti dalla vigente normativa europea in materia di aiuti di Stato di importanza minore (de minimis).

2. In considerazione dell'esigenza di contenere con immediatezza gli effetti negativi sull'internazionalizzazione del sistema Paese in conseguenza della diffusione del Covid-19, agli interventi di cui al comma 1, nonché a quelli inclusi nel piano straordinario di cui all'articolo 30 del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 133, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 novembre 2014, n. 164, si applicano, fino al 31 dicembre 2020, le seguenti disposizioni:

- a) i contratti di forniture, lavori e servizi possono essere aggiudicati con la procedura di cui all'articolo 63, comma 6, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50;
- b) il Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale e ICE-Agenzia italiana per l'internazionalizzazione delle imprese e per l'attrazione degli investimenti possono avvalersi, con modalità definite mediante convenzione, e nei limiti delle risorse finanziarie disponibili a legislazione vigente, dell'Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo di impresa Spa - Invitalia.

Per gli acquisti connessi alla realizzazione delle iniziative di cui al primo comma della disposizione, fino al 31 dicembre 2020, il Legislatore delegato consente il ricorso alla procedura di cui all'art. 63, co. 6, D.Lgs. n. 50/2016. Si tratta della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, nella quale *"le amministrazioni aggiudicatrici individuano gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economica e finanziaria e tecniche e professionali desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e selezionano almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei. L'amministrazione aggiudicatrice sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, ai sensi dell'art. 95, previa verifica del possesso dei requisiti di partecipazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta o mediante procedura competitiva con negoziazione"*.

Pertanto, per le procedure che prendono avvio entro il 31 dicembre 2020, la Stazione appaltante può avvalersi di tale procedura, a prescindere dalla sussistenza delle condizioni cui il ricorso alla stessa è ordinariamente condizionato ai sensi dell'art. 63, D.Lgs. n. 50/2016.

La deroga prevista rispetto alla sussistenza delle condizioni di cui all'art. 63 non è però estesa alla procedura di cui al sesto comma della disposizione, espressamente richiamato. Ne deriva che, ai fini dell'individuazione degli operatori economici da consultare, la Stazione appaltante è tenuta a svolgere una consultazione preliminare fra più operatori economici, attraverso un'indagine di mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza e rotazione, selezionandone almeno cinque operatori se vi sono soggetti idonei in tale numero.

Coerentemente con quanto previsto dall'art. 216, D.Lgs. n. 50/2016, la procedura può ritenersi applicabile per le procedure i cui inviti siano inviati entro la data del 31 dicembre 2020.

La richiamata semplificazione è altresì prevista per gli acquisti relativi agli interventi inclusi nel piano straordinario di cui all'articolo 30 del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 133, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 novembre 2014, n. 164 (*"Promozione straordinaria del Made in Italy e misure per l'attrazione degli investimenti"*).

Art. 75

(Acquisti per lo sviluppo di sistemi informativi per la diffusione del lavoro agile e di servizi in rete per l'accesso di cittadini e imprese)

1. *Al fine di agevolare la diffusione del lavoro agile di cui all'articolo 18 della legge 22 maggio 2017, n. 8, favorire la diffusione di servizi in rete e agevolare l'accesso agli stessi da parte di cittadini e imprese, quali ulteriori misure di contrasto agli effetti dell'imprevedibile emergenza epidemiologica da COVID-19, le amministrazioni aggiudicatrici, come definite dall'articolo 3 decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, nonché le autorità amministrative indipendenti, ivi comprese la Commissione nazionale per le società e la borsa e la Commissione di vigilanza sui fondi pensione, in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, sono autorizzate, sino al 31 dicembre 2020, ad acquistare beni e servizi informatici, preferibilmente basati sul modello cloud SaaS (software as a service), nonché servizi di connettività, mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara ai sensi dell'articolo 63, comma 2, lett. c), del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, selezionando l'affidatario 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'articolo 25, comma 8, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, L. 17 dicembre 2012, n. 221 e all'articolo 4, comma 2, del decreto-legge 24 gennaio 2015, n. 3, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, L. 24 marzo 2015, n. 33.*

2. *Le amministrazioni trasmettono al Dipartimento per la trasformazione digitale e al Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri gli atti con i quali sono indette le procedure negoziate.*

3. *Le amministrazioni possono stipulare il contratto previa acquisizione di una autocertificazione dell'operatore economico aggiudicatario attestante il possesso dei requisiti generali, finanziari e tecnici, la regolarità del DURC e l'assenza di motivi di esclusione secondo segnalazioni rilevabili dal Casellario Informativo di Anac, nonché*

previa verifica del rispetto delle prescrizioni imposte dalle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159. Al termine delle procedure di gara, le amministrazioni stipulano immediatamente il contratto ed avviano l'esecuzione degli stessi, anche in deroga ai termini di cui all'articolo 32 del decreto legislativo n. 50 del 2016.

4. Gli acquisti di cui al comma 1 devono essere relativi a progetti coerenti con il Piano triennale per l'informatica nella pubblica amministrazione. Gli interventi di sviluppo e implementazione dei sistemi informativi devono prevedere, nei casi in cui ciò è possibile, l'integrazione con le piattaforme abilitanti previste dagli articoli 5, 62, 64 e 64-bis dal decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82.

5. Le amministrazioni pubbliche procedono ai sensi del comma 1 con le risorse disponibili a legislazione vigente. Dall'attuazione della disposizione non derivano nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica.

Per gli acquisti di beni e servizi informatici, servizi di connettività finalizzati alla diffusione del lavoro agile e di servizi in rete per cittadini e imprese, relativi a progetti coerenti con il Piano triennale per l'informatica nella Pubblica Amministrazione, il Legislatore delegato ravvisa *ex lege* la sussistenza di una ragione di "estrema urgenza" che, ai sensi del comma 2, lett. c), art. 63, D.Lgs. n. 50/2016, consente il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara.

L'art. 72 del decreto reca anche una disciplina della procedura in parte difforme da quella dettata dall'art. 63, D.Lgs. n. 50/2016. Si tratta di una procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando con rilevanti profili di specialità. Nel dettaglio:

- gli acquisti devono essere relativi a progetti coerenti con il Piano triennale per l'informatica nella pubblica amministrazione, ai sensi dell'art. 17, co. 1, lett. j-bis), D.Lgs. n. 82/2005 (Codice Amministrazione Digitale);
- gli operatori economici tra i quali attuare il confronto devono essere almeno quattro (e non cinque);
- almeno uno di questi operatori economici deve iscritto nell'apposita sezione speciale del registro delle imprese come «start-up innovativa» o «piccola e media impresa innovativa»;
- gli atti con i quali è indetta la procedura (determina di indizione della procedura e gli allegati atti di indagine di mercato e lettera di invito) devono essere trasmessi al

Dipartimento per la trasformazione digitale e al Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri;

- con riferimento ai controlli che devono precedere la sottoscrizione del contratto, è previsto che la stazione appaltante proceda sulla base della sola autocertificazione resa dall'aggiudicatario che attesti il possesso dei requisiti generali, finanziari e tecnici, la regolarità del DURC e l'assenza di motivi di esclusione secondo segnalazioni rilevabili dal Casellario Informatico di Anac e previa verifica del rispetto delle prescrizioni imposte dalle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159;

- con riferimento alla stipula del contratto, è disposta una deroga agli ordinari termini di cui all'art. 32, D.Lgs. n. 50/2016, prevedendo l'obbligo per l'Amministrazione di stipulare immediatamente il contratto ed avviarne l'esecuzione.

Art. 91

(Disposizioni in materia ritardi o inadempimenti contrattuali derivanti dall'attuazione delle misure di contenimento e di anticipazione del prezzo in materia di contratti pubblici)

1. All'articolo 3 del decreto - legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, dopo il comma 6, è inserito il seguente: "6-bis. Il rispetto delle misure di contenimento di cui 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."

All'articolo 35, comma 18, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, e successive modificazioni, dopo le parole: "L'erogazione dell'anticipazione" inserire le seguenti: ", consentita anche nel caso di consegna in via d'urgenza, ai sensi dell'articolo 32, comma 8, del presente codice".

L'art. 91, D.L. n. 18/2020, detta una regola cui le amministrazioni devono attenersi nella fase esecutiva dei contratti, stabilendo che le stesse non possano prescindere dal considerare gli effetti negativi determinati sulla corretta esecuzione delle prestazioni dal rispetto delle misure di contenimento imposte alle imprese dal precedente D.L. n. 13/2020.

A ben vedere la disposizione traspone la regola civilistica di cui all'art. 1218 c.c., pure richiamato dall'art. 91 in commento, e autonomamente applicabile alla fase esecutiva dei contratti di appalto e concessione stipulati all'esito di una procedura ad evidenza pubblica (*"Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile"*).

Dal richiamo contenuto nell'art. 91, D.L. n. 18/2020 deriva però l'insorgere di un onere di motivazione rafforzato in capo all'amministrazione che intenda far valere la responsabilità dell'operatore economico, *"anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti"*. In particolare, il RUP dovrebbe essere in grado di escludere che l'inadempimento o il ritardo nell'adempimento del "debitore" (l'operatore economico cui è affidata l'esecuzione del contratto) non sia dipeso dalle misure adottate dallo stesso al fine di adeguarsi alle misure di contenimento previste per fronteggiare l'epidemia.

La norma in commento reca inoltre una disposizione di portata generale nella parte in cui, modificando l'art. 35, comma 18, D.Lgs. n. 50/2016, stabilisce che l'erogazione dell'anticipazione del prezzo è consentita anche quando l'appalto sia avviato d'urgenza prima della stipulazione del contratto: l'anticipazione del prezzo nella misura del 20% del valore del contratto in tutti gli appalti di lavori, servizi e forniture, prevista dall'articolo 35, comma 18, D.lgs. n. 50/2016 è ammessa, ma non obbligatoria, anche nell'ipotesi di esecuzione avviata d'urgenza ai sensi dell'art. 32, comma 8, D.Lgs. n. 50/2016.

L'art. 35, co. 18, D.Lgs. n. 50/2016, per effetto della richiamata modifica, prevede infatti che *"Sul valore del contratto di appalto viene calcolato l'importo dell'anticipazione del prezzo pari al 20 per cento da corrispondere all'appaltatore entro quindici giorni dall'effettivo inizio della prestazione. L'erogazione dell'anticipazione, consentita anche nel caso di consegna in via d'urgenza, ai sensi dell'articolo 32, comma 8, del presente codice, è subordinata alla costituzione di garanzia fideiussoria bancaria o assicurativa di importo pari all'anticipazione maggiorato del tasso di interesse legale applicato al*

periodo necessario al recupero dell'anticipazione stessa secondo il cronoprogramma della prestazione".

La riferita modifica al Codice degli Appalti ha una rilevante portata, in quanto non soggetta a un limite temporale né subordinata alla situazione contingente determinata dalle conseguenze dell'attuale emergenza. Pertanto, la Stazione appaltante, ogni qual volta - sussistendo le condizioni cui l'art. 32, comma 8, ("*eventi oggettivamente imprevedibili, per ovviare a situazioni di pericolo per persone, animali o cose, ovvero per l'igiene e la salute pubblica, ovvero per il patrimonio storico, artistico, culturale ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti comunitari*") - dia avvio all'esecuzione delle prestazioni prima della stipulazione del contratto, subordinatamente alla costituzione di garanzia fideiussoria bancaria o assicurativa, ha la facoltà di erogare all'esecutore un importo pari al 20% del valore del contratto.

Art. 103

(Sospensione dei termini nei procedimenti amministrativi ed effetti degli atti amministrativi in scadenza)

1. *Ai fini del computo 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, non si tiene conto del periodo compreso tra la medesima data e quella del 15 aprile 2020. Le pubbliche amministrazioni adottano ogni misura organizzativa idonea ad assicurare comunque la ragionevole durata e la celere conclusione dei procedimenti, con priorità per quelli da considerare urgenti, anche sulla base di motivate istanze degli interessati. Sono prorogati o differiti, per il tempo corrispondente, i termini di formazione della volontà conclusiva dell'amministrazione nelle forme del silenzio significativo previste dall'ordinamento.*

2. *Tutti i certificati, attestati, permessi, concessioni, autorizzazioni e atti abilitativi comunque denominati, in scadenza tra il 31 gennaio e il 15 aprile 2020, conservano la loro validità fino al 15 giugno 2020".*

3. *Le disposizioni di cui ai commi precedenti non si applicano ai termini stabiliti da specifiche disposizioni del presente decreto e dei decreti-legge 23 febbraio 2020, n. 6, 2 marzo 2020, n. 9 e 8 marzo 2020, n. 11, nonché dei relativi decreti di attuazione.*

4. *Le disposizioni di cui al comma 1 non si applicano ai pagamenti di stipendi, pensioni, retribuzioni per lavoro autonomo, emolumenti per prestazioni di lavoro o di opere,*

servizi e forniture a qualsiasi titolo, indennità di disoccupazione e altre indennità da ammortizzatori sociali o da prestazioni assistenziali o sociali, comunque denominate nonché di contributi, sovvenzioni e agevolazioni alle imprese comunque denominati.

5. I termini dei procedimenti disciplinari del personale delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, ivi inclusi quelli del personale di cui all'articolo 3, del medesimo decreto legislativo, pendenti alla data del 23 febbraio 2020 o iniziati successivamente a tale data, sono sospesi fino alla data del 15 aprile 2020.

6. L'esecuzione dei provvedimenti di rilascio degli immobili, anche ad uso non abitativo, è sospesa fino al 30 giugno 2020.

Nel rimandare alla precedente comunicazione dell'Osservatorio nella quale si informano i R.U.P. dell'adozione da parte dell'Autorità Nazionale Anti Corruzione della Delibera n. 268 del 19 marzo 2020 di recepimento dei contenuti dell'art. 103 richiamato, si sottolinea in questa sede che l'Ufficio Legislativo del Ministero del Lavoro, a seguito di un espresso quesito posto dall'Inps, ha chiarito che il Durc di cui al DM 30 gennaio 2015, rientra tra le attestazioni di cui all'art. 103, co. 2, D.L. n. 18/2020, e ha precisato che i documenti attestanti la regolarità contributiva denominati Durc On Line che riportano nel campo "Scadenza Validità" una data compresa tra il 31 gennaio 2020 e il 15 aprile 2020 conservano la loro validità fino al 15 giugno 2020 come previsto dall'articolo 103, comma 2, del decreto- legge 17 marzo 2020, n.18.