

OSSERVATORIO EMERGENZA COVID-19
PAPER – 8 APRILE 2020

Gli appalti pubblici al tempo della pandemia

di Umberto Frangipane

Dottorando di ricerca in Teoria del diritto e Ordine giuridico ed economico europeo
Università degli Studi “Magna Graecia” di Catanzaro



Gli appalti pubblici al tempo della pandemia *

di Umberto Frangipane

Dottorando di ricerca in Teoria del diritto e Ordine giuridico ed economico europeo
Università degli Studi “Magna Graecia” di Catanzaro

Sommario: 1. Premessa. 2. Le disposizioni d'emergenza relative alla fase di aggiudicazione nel decreto legislativo n. 50 del 2016 (codice dei contratti pubblici). 2.1. *Segue.* Le disposizioni d'emergenza nella fase d'esecuzione dei lavori. 3. Le disposizioni del Decreto Legge c.d. “Cura Italia”. 4. I provvedimenti adottati per l'acquisto dei dispositivi sanitari. 5. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

Il 31 gennaio con la Delibera del Consiglio dei Ministri è stato dichiarato lo stato di emergenza¹ in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili.

Ciò a seguito della dichiarazione di emergenza internazionale di salute pubblica per il coronavirus (PHEIC) dell'Organizzazione mondiale della sanità del 30 gennaio 2020.

* Paper non sottoposto a referaggio.

¹ Lo stato di emergenza è stato dichiarato ai sensi ai sensi e per gli effetti dell'articolo 7, comma 1, lettera c), e dell'articolo 24, comma 1, del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1.

L'art. 7, comma 1, lettera c) detta i requisiti che gli eventi devono avere per portare alla dichiarazione dello stato di emergenza. In particolare, deve trattarsi di emergenze di rilievo nazionale connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità o estensione debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo

Invece l'art. 24 prevede che al verificarsi degli eventi che, a seguito di una valutazione speditiva svolta dal Dipartimento della protezione civile sulla base dei dati e delle informazioni disponibili e in raccordo con le Regioni e Province autonome interessate, presentano i requisiti di cui all'articolo 7, comma 1, lettera c), ovvero nella loro imminenza, il Consiglio dei ministri, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri, formulata anche su richiesta del Presidente della Regione o Provincia autonoma interessata e comunque acquisitane l'intesa, delibera lo stato d'emergenza di rilievo nazionale, fissandone la durata e determinandone l'estensione territoriale con riferimento alla natura e alla qualità degli eventi e autorizza l'emanazione delle ordinanze di protezione civile di cui all'articolo 25. La delibera individua, secondo criteri omogenei definiti nella direttiva di cui al comma 7, le prime risorse finanziarie da destinare all'avvio delle attività di soccorso e assistenza alla popolazione e degli interventi più urgenti di cui all'articolo 25, comma 2, lettere a) e b), nelle more della ricognizione in ordine agli effettivi fabbisogni e autorizza la spesa nell'ambito del Fondo per le emergenze nazionali di cui all'articolo 44.

La dichiarazione dello stato di emergenza ha portato all'adozione di cinque decreti legge², di sette Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri³, oltre che di svariate ordinanze e di circolari del Ministro della Salute, di un Decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze del 24 febbraio 2020 avente ad oggetto la sospensione dei termini per l'adempimento degli obblighi tributari a favore dei contribuenti interessati dall'emergenza epidemiologica da Covid-19 e di una Direttiva del Ministro dell'Interno n. 14606 dell'8 marzo 2020 destinata ai Prefetti per l'attuazione delle misure di contenimento⁴.

Si sono susseguite anche numerose circolari interpretative e applicative, ordinanze del Capo del Dipartimento della Protezione civile, delle Regioni e dei Comuni interessati.

Tale stato d'emergenza dovuta alla pandemia da Covid-19, meglio noto come Coronavirus, ha dei riflessi inevitabili anche nel settore degli appalti pubblici. Infatti, ora più che mai vi è la necessità che le procedure volte all'approvvigionamento di beni, servizi e forniture da parte delle Pubbliche Amministrazioni, e in particolare di quelle afferenti al Servizio Sanitario Nazionale, siano le più rapide ed efficienti possibile.

Ciò comporta, per forza di cose, una serie di deroghe all'applicazione della normativa prevista dal decreto legislativo n. 50 del 2016 (codice dei contratti pubblici).

² Decreto-legge 23 febbraio 2020 n. 6 (*Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*), convertito, con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2020 n. 13; decreto-legge 2 marzo 2020 n. 9 (*Misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*); decreto-legge 8 marzo 2020 n. 11 (*Misure straordinarie ed urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria*); decreto-legge 9 marzo 2020 n. 14 (*Disposizioni urgenti per il potenziamento del Servizio sanitario nazionale in relazione all'emergenza COVID-19*); decreto-legge 17 marzo 2020 n. 18 cd. #CuraItalia (*Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*).

³ Dpcm 23 febbraio 2020 (*Disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*); Dpcm 25 febbraio 2020 (*Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*); Dpcm 1 marzo 2020 (*Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*); Dpcm 4 marzo 2020 (*Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*); Dpcm 8 marzo 2020 (*Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*); Dpcm 9 marzo 2020 (*Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*); Dpcm 11 marzo 2020 (*Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*). La scelta di adottare lo strumento del d.P.C.M., il quale va ad incidere sull'esercizio di diritti costituzionalmente tutelati, è stato fortemente criticato da F. R. TRABUCCO, *Prime note al D.P.C.M. 8 marzo 2020: con l'emergenza Coronavirus la gerarchia delle fonti diventa un optional*, in www.lexitalia.it.

⁴ Per una completa disamina dei provvedimenti adottati si veda M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in federalismi.it, *osservatorio emergenza Covid-19* n. 1/2020. Invece, per un esame delle criticità di tale normativa si rimanda a G. TROPEA, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in federalismi.it, *osservatorio emergenza Covid-19* n. 1/2020. Quanto ai provvedimenti adottati per il processo amministrativo si rimanda a F. FRANCIOSI, *L'emergenza Coronavirus e le misure straordinarie per il processo amministrativo*, in federalismi.it, *osservatorio emergenza Covid-19* n. 1/2020; M.A. SANDULLI, *Sospensione dei termini processuali dall'8 al 22 marzo: il Parere del CdS sulle misure urgenti anti-COVID-19 non risolve ma aumenta l'insicurezza*, in Lamministrativista.it; F. VOLPE, *Commento all'art 3, D.L. 8 marzo 2020, n. 11*, in LexItalia.it;



In questa sede ci si limiterà a dare conto degli ultimi interventi normativi adottati in materia di contratti pubblici per fronteggiare l'emergenza coronavirus e ad analizzare quali strumenti sono forniti dal decreto legislativo n. 50 del 2016, c.d. codice dei contratti pubblici, per far fronte in generale alle situazioni di emergenza.

2. Le disposizioni d'emergenza contenuto nel decreto legislativo n. 50 del 2016 (codice dei contratti pubblici)

Le situazioni di emergenza ed il potere derogatorio ad esse connesso sono tenute in particolare considerazione dalla disciplina dei contratti pubblici.

Nello specifico, il Decreto Legislativo 18 aprile 2016 n 50 disciplina, per quanto di interesse della presente analisi, le procedure di somma urgenza all'art. 63 (Uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara) e all'art. 163 (Procedure in caso di somma urgenza e di protezione civile).

L'art. 63 prevede, recependo l'art. 32 della direttiva 2014/24⁵ e in ottemperanza a quanto previsto dai criteri della legge delega di cui alle lettere l)⁶, q) punto 1⁷, ii)⁸, che nei casi indicati dall'articolo stesso, le

⁵ Art. 32, Direttiva 2014/24 (Uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione):

“1. Nei casi e nelle circostanze specifici di cui ai paragrafi da 2 a 5, gli Stati membri possono prevedere che le amministrazioni aggiudicatrici aggiudichino appalti pubblici mediante una procedura negoziata senza previa pubblicazione.

2. Nel caso degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, la procedura negoziata senza previa pubblicazione può essere utilizzata nei casi seguenti:

a) qualora non sia stata presentata alcuna offerta o alcuna offerta appropriata, né alcuna domanda di partecipazione o alcuna domanda di partecipazione appropriata, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta, purché le condizioni iniziali dell'appalto non siano sostanzialmente modificate e purché una relazione sia trasmessa alla Commissione a richiesta di quest'ultima.

Un'offerta non è ritenuta appropriata se non presenta alcuna pertinenza con l'appalto ed è quindi manifestamente inadeguata, salvo modifiche sostanziali, a rispondere alle esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice e ai requisiti specificati nei documenti di gara. Una domanda di partecipazione non è ritenuta appropriata se l'operatore economico interessato deve o può essere escluso a norma dell'articolo 57 o non soddisfa i criteri di selezione stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'articolo 58;

b) quando i lavori, le forniture o i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico per una delle seguenti ragioni:

i) lo scopo dell'appalto consiste nella creazione o nell'acquisizione di un'opera d'arte o rappresentazione artistica unica;

ii) la concorrenza è assente per motivi tecnici;

iii) tutela di diritti esclusivi, inclusi i diritti di proprietà intellettuale.

Le eccezioni di cui ai punti ii) e iii) si applicano solo quando non esistono sostituti o alternative ragionevoli e l'assenza di concorrenza non è il risultato di una limitazione artificiale dei parametri dell'appalto;

c) nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivanti da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati. Le circostanze invocate per giustificare l'estrema urgenza non sono in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici.

3. Nel caso degli appalti pubblici di forniture, la procedura negoziata senza previa pubblicazione può essere utilizzata nei casi seguenti:

a) qualora i prodotti in questione siano fabbricati esclusivamente a scopo di ricerca, di sperimentazione, di studio o di sviluppo; tuttavia, gli appalti aggiudicati in forza della presente lettera non comprendono la produzione in quantità volta ad accertare la redditività commerciale del prodotto o ad ammortizzare i costi di ricerca e di sviluppo;

b) nel caso di consegne complementari effettuate dal fornitore originario e destinate o al rinnovo parziale di forniture o di impianti o all'ampliamento di forniture o impianti esistenti, qualora il cambiamento di fornitore obbligasse l'amministrazione aggiudicatrice ad acquistare forniture con caratteristiche tecniche differenti il cui impiego o la cui manutenzione comporterebbero incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate; la durata di tali contratti e dei contratti rinnovabili non può, come regola generale, superare i tre anni;

c) per forniture quotate e acquistate sul mercato delle materie prime;

d) per l'acquisto di forniture o servizi a condizioni particolarmente vantaggiose, da un fornitore che cessa definitivamente l'attività commerciale oppure dal curatore o liquidatore di un fallimento, di un concordato giudiziario o di una procedura analoga prevista nelle legislazioni o regolamentazioni nazionali.

4. La procedura negoziata senza previa pubblicazione può essere utilizzata per i servizi quando l'appalto in questione consegue a un concorso di progettazione organizzato secondo la presente direttiva e debba, in base alle norme previste nel concorso di progettazione, essere aggiudicato al vincitore o ad uno dei vincitori di tale concorso; in quest'ultimo caso tutti i vincitori devono essere invitati a partecipare ai negoziati.

5. La procedura negoziata senza previa pubblicazione può essere utilizzata per nuovi lavori o servizi consistenti nella ripetizione di lavori o servizi analoghi già affidati all'operatore economico aggiudicatario dell'appalto iniziale dalle medesime amministrazioni aggiudicatrici, a condizione che tali lavori o servizi siano conformi a un progetto di base e che tale progetto sia stato oggetto di un primo appalto aggiudicato secondo una procedura in conformità dell'articolo 26, paragrafo 1. Il progetto di base indica l'entità di eventuali lavori o servizi complementari e le condizioni alle quali essi verranno aggiudicati.

La possibilità di avvalersi di questa procedura è indicata sin dall'avvio del confronto competitivo nella prima operazione e l'importo totale previsto per la prosecuzione dei lavori o della

prestazione dei servizi è preso in considerazione dalle amministrazioni aggiudicatrici per l'applicazione dell'articolo 4.

Il ricorso a questa procedura è limitato al triennio successivo alla conclusione dell'appalto iniziale.”

⁶ Art. 1, comma 1, lett. l) punto 1, Legge 28 gennaio 2016, n. 11: *“previsione di disposizioni concernenti le procedure di acquisizione di servizi, forniture e lavori da applicare in occasione di emergenze di protezione civile, che coniughino la necessaria tempestività d'azione con adeguati meccanismi di controllo e pubblicità successiva, con conseguente espresso divieto di affidamento di contratti attraverso procedure derogatorie rispetto a quelle ordinarie, ad eccezione di singole fattispecie connesse a particolari esigenze collegate alle situazioni emergenziali?”*

amministrazioni aggiudicatrici possono aggiudicare appalti mediante una procedura negoziata senza la previa pubblicazione del bando

In particolare, l'articolo summenzionato al comma 2, lett. c), stabilisce che nel caso di appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, la procedura negoziata senza previa pubblicazione può essere utilizzata nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati, con l'ulteriore precisazione che le circostanze invocate a giustificazione del ricorso alla procedura di cui al presente articolo non devono essere in alcun modo imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici⁹.

Le ipotesi contemplate dall'art. 63, d.lg. n. 50 del 2016, concernenti il ricorso al sistema di scelta del contraente a mezzo di procedura negoziata senza pubblicazione del bando, rappresentano eccezioni al principio generale della pubblicità e della massima concorrenzialità tipica della procedura aperta¹⁰.

Detta norma ha ulteriormente rafforzato, rispetto alla disciplina di cui al previgente art. 57, d.lg. n. 163 del 2006, la regola generale della gara, con la conseguenza che i presupposti fissati dalla legge per l'ammissibilità del suindicato modulo negoziale devono essere accertati con il massimo rigore e non sono suscettibili di interpretazione estensiva. In particolare, per il ricorso a tale eccezionale sistema di scelta del contraente occorre che l'estrema urgenza sia imprevedibile e non imputabile alla Stazione Appaltante.

In base al c. 2, lett. c), della sopra citata previsione normativa, l'affidamento diretto è, quindi, consentito nella misura strettamente necessaria, ricorrendo i seguenti presupposti di stretta interpretazione:

a) ragioni di estrema urgenza tali da non essere compatibili con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette o negoziate previa pubblicazione di un bando di gara;

⁷ Art. 1, comma 1, lett. q) punto 1, Legge 28 gennaio 2016, n. 11: *“armonizzazione delle norme in materia di trasparenza, pubblicità, durata e tracciabilità delle procedure di gara e delle fasi ad essa prodromiche e successive, anche al fine di concorrere alla lotta alla corruzione, di evitare i conflitti d'interesse e di favorire la trasparenza nel settore degli appalti pubblici e dei contratti di concessione:*

1) individuando espressamente i casi nei quali, in via eccezionale, è possibile ricorrere alla procedura negoziata senza precedente pubblicazione di un bando di gara;”

⁸ Art. 1, comma 1, lett. ii), Legge 28 gennaio 2016, n. 11: *“garanzia di adeguati livelli di pubblicità e trasparenza delle procedure anche per gli appalti pubblici e i contratti di concessione sotto la soglia di rilevanza comunitaria, assicurando, anche nelle forme semplificate di aggiudicazione, la valutazione comparativa tra più offerte, prevedendo che debbano essere invitati a presentare offerta almeno cinque operatori economici, ove esistenti, nonché un'adeguata rotazione, ferma restando la facoltà per le imprese pubbliche dei settori speciali di cui alla direttiva 2014/25/UE di applicare la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti, adottati in conformità ai principi dettati dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea a tutela della concorrenza;”*

⁹ La giurisprudenza ha avuto già modo di chiarire, con particolare riferimento ai requisiti dell'urgenza di provvedere, quale presupposto legittimamente di tale sistema, che essa non deve essere addebitabile in alcun modo all'Amministrazione per carenza di adeguata organizzazione o programmazione (Cons. St., sez. V, 11 maggio 2009, n. 2882; Cons. St., sez. V, 10 novembre, n. 8006) ovvero per sua inerzia o responsabilità (Cons. St., sez. V, 27 ottobre 2005, n. 5996).

¹⁰ Cons. St., sez. III, 26 aprile 2019, n.2687; Cons. St., sez. III, 18 gennaio 2018, n. 310; Cons. St., sez. III, 8 ottobre 2018, n. 5766.

- b) determinate da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice;
- c) circostanze invocate a giustificazione che non devono essere in alcun modo imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici.

L'art. 163 disciplina, invece, le procedure di affidamento nei casi in cui sussistono motivazioni di "somma urgenza" o esigenze di protezione civile.

Tale articolo disciplina degli affidamenti che rispetto a quelli previsti dall'art. 63 devono essere considerati ulteriormente eccezionali (secondo una "progressione di eccezionalità", se così si può dire) e quindi tale disposizione deve essere interpretata ed applicata in senso assolutamente rigoroso e restrittivo¹¹.

Per gli affidamenti diretti in caso di eventi di protezione civile si delinea, dunque, una disciplina diversa e aggiuntiva rispetto a quella di derivazione comunitaria contenuta nel citato art. 63.

La normativa dell'art. 163 trova applicazione, innanzitutto, in circostanze c.d. "di somma urgenza", cioè quelle che non consentono alcun indugio, disciplinate dai commi da 1 a 5 che sono riproduttivi delle norme regolamentari di cui agli articoli 175 e 176 D.P.R. n. 207 del 2010.

Quando viene a presentarsi una di tali circostanze, il soggetto fra il responsabile del procedimento e il tecnico dell'amministrazione competente che si reca prima sul luogo, può disporre, contemporaneamente alla redazione del verbale, in cui sono indicati i motivi dello stato di urgenza, le cause che lo hanno provocato e i lavori necessari per rimuoverlo, la immediata esecuzione dei lavori entro il limite di 200.000 euro o di quanto indispensabile per rimuovere lo stato di pregiudizio alla pubblica e privata incolumità.

L'esecuzione dei lavori di somma urgenza può essere affidata in forma diretta ad uno o più operatori economici individuati dal responsabile del procedimento o dal tecnico dell'amministrazione competente.

Il corrispettivo delle prestazioni ordinate è definito consensualmente con l'affidatario. In difetto di preventivo accordo la stazione appaltante può ingiungere all'affidatario l'esecuzione delle lavorazioni o la somministrazione dei materiali sulla base di prezzi definiti mediante l'utilizzo di prezziari ufficiali di riferimento, ridotti del 20 per cento.

Il responsabile del procedimento o il tecnico dell'amministrazione competente compila entro dieci giorni dall'ordine di esecuzione dei lavori una perizia giustificativa degli stessi e la trasmette, unitamente al verbale di somma urgenza, alla stazione appaltante che provvede alla copertura della spesa e alla approvazione dei lavori.

Il comma 6 del summenzionato articolo equipara, invece, alle circostanze di somma urgenza il verificarsi degli eventi di cui all'articolo 7 del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 224, ovvero la ragionevole

¹¹ Così Cons. St., comm. spec., 1 aprile 2016, n. 855, secondo cui "la previsione del legislatore delegante ("ad eccezione di singole fattispecie connesse a particolari esigenze collegate alle situazioni emergenziali") non sembra ancorare l'eccezionalità alla semplice situazione emergenziale, ma piuttosto alle (ulteriori e peculiari) particolari esigenze collegate alle situazioni emergenziali."



previsione, ai sensi dell'articolo 3 della medesima legge, dell'imminente verificarsi di detti eventi, che richiede l'adozione di misure indilazionabili, e nei limiti dello stretto necessario imposto da tali misure.

La circostanza di somma urgenza, in tali casi, è ritenuta persistente finché non risultino eliminate le situazioni dannose o pericolose per la pubblica o privata incolumità derivanti dall'evento, e comunque per un termine non superiore a quindici giorni dall'insorgere dell'evento, ovvero entro il termine stabilito dalla eventuale declaratoria dello stato di emergenza di cui all'articolo 5 della medesima legge n. 225 del 1992; in tali circostanze ed entro i medesimi limiti temporali le amministrazioni aggiudicatrici possono procedere all'affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture con le procedure previste nel presente articolo.

Nel momento in cui vengono adottate le procedure di affidamento in condizioni di somma urgenza previste dal presente articolo, nonché, limitatamente ad emergenze di protezione civile, le procedure di cui all'articolo 63, comma 2, lettera c), e vi sia l'esigenza impellente di assicurare la tempestiva esecuzione del contratto, gli affidatari dichiarano, mediante autocertificazione, resa ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, il possesso dei requisiti di partecipazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura ordinaria, che l'amministrazione aggiudicatrice controlla in termine congruo, compatibile con la gestione della situazione di emergenza in atto, comunque non superiore a sessanta giorni dall'affidamento. L'amministrazione aggiudicatrice dà conto, con adeguata motivazione, nel primo atto successivo alle verifiche effettuate, della sussistenza dei relativi presupposti.

Tali operazioni di somma urgenza, tuttavia, non comportano l'assenza di controlli. Infatti, le amministrazioni, una volta effettuato l'affidamento, procedono ai controlli e se dovesse essere accertato l'affidamento ad un operatore privo dei predetti requisiti, le amministrazioni aggiudicatrici procedono a recedere dal contratto, fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese eventualmente già sostenute per l'esecuzione della parte rimanente, nei limiti delle utilità conseguite, e procedono alle segnalazioni alle competenti autorità.

L'esame delle disposizioni contenute nel codice degli appalti e disciplinanti situazioni di somma urgenza, da delle indicazioni specifiche in ordine all'ambito di operatività del potere derogatorio facente capo, in detti contesti, alle Amministrazioni pubbliche¹².

Nello specifico, le deroghe riguardano la figura del responsabile del procedimento che assume un ruolo determinante nella gestione ed affidamento dei lavori, le procedure di scelta del contraente, le modalità

¹² M. GALANO, *Rapporti tra situazioni di emergenza e legislazione sugli appalti*, in www.italiappalti.it

di pubblicazione dei bandi ed i relativi termini, i criteri di selezione delle offerte e verifica delle offerte anormalmente basse.

Non subisce nessuna deroga invece l'azione dell'ANAC, in quanto le valutazioni di quest'ultima - non avendo carattere obbligatorio né vincolante - non sono di ostacolo alla *ratio* del regime derogatorio delineato dalla normativa in questione il quale è volto alla semplificazione e allo snellimento delle procedure di affidamento dei contratti pubblici.

Per tirare le fila del discorso possiamo dire che il regime derogatorio previsto per le circostanze di somma urgenza, prima fra tutte quelle consequenziali al verificarsi di eventi calamitosi, ha quale unico scopo quello di rendere più snelle le procedure e non, al contrario, quello di pregiudicare il controllo o, ancor più, il rispetto dei principi fondamentali quali il possesso delle certificazioni, l'assolvimento degli obblighi contributivi, il rispetto della normativa sull'impiego della mano d'opera e della sicurezza. Tali principi, in quanto destinati alla tutela di beni primari non subiscono alcuna deroga, nemmeno in presenza di situazioni eccezionali quali quelle determinate dal verificarsi di una calamità naturale¹³.

2.1 Segue. Le disposizioni d'emergenza nella fase d'esecuzione dei lavori

Il codice dei contratti pubblici non si occupa solamente della fase di aggiudicazione degli appalti in una situazione di emergenza, ma tratta anche delle diverse fattispecie emergenziali che potrebbero venire in essere durante la fase di esecuzione dei lavori. Questo, in particolare, avviene agli articoli 106 e 107 del decreto legislativo n. 50 del 2016.

L'art. 106, che si occupa delle varianti durante l'esecuzione dei contratti, al comma 1, lett. c) stabilisce che i contratti di appalto nei settori ordinari e nei settori speciali possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento quando la necessità di modifica è determinata da circostanze impreviste e imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice o per l'ente aggiudicatore.

E' indubbio che la situazione di emergenza dovuta alla pandemia da COVID-19 condizionerà il regolare andamento dell'esecuzione delle commesse pubbliche¹⁴, modificandone lo sviluppo rispetto all'iniziale programmazione e così comportando l'esigenza di ricorrere a delle varianti in corso d'opera a fronte di circostanze qualificabili, appunto, come "impreviste e imprevedibili".

Inoltre, l'attuale emergenza comporterà per alcuni appaltatori la temporanea impossibilità di adempiere alle obbligazioni contrattualmente assunte.

¹³ M. GALANO, *op cit.*

¹⁴ L'art. 3 dell'OCDPC n. 630 ha, infatti, già previsto proprio la deroga all'art. 106, allo scopo di consentire varianti anche se non previste nei documenti di gara iniziali e allo scopo di derogare ai termini previsti dai commi 8 e 14 per gli adempimenti nei confronti di ANAC.



In questo caso troverà applicazione l'art. 107 del d.lgs. n. 50/16, il quale prevede che il direttore dei lavori può disporre la sospensione dell'esecuzione del contratto in tutti i casi in cui ricorrano circostanze speciali che impediscono in via temporanea che i lavori procedano utilmente a regola d'arte, e che non siano prevedibili al momento della stipulazione del contratto

Inoltre, sempre l'art. 107, al comma 5, riconosce all'esecutore dell'appalto, che per cause a lui non imputabili non sia in grado di ultimare i lavori nel termine fissato, di richiederne la proroga, con congruo anticipo rispetto alla scadenza del termine contrattuale. Sull'istanza di proroga decide il responsabile del procedimento, sentito il direttore dei lavori, entro trenta giorni dal suo ricevimento.

Sia la sospensione che la proroga, tuttavia, non operano in modo automatico ma sono subordinate all'invio di specifica ed espressa richiesta da parte dell'appaltatore

3. Le disposizioni del Decreto Legge c.d. "Cura Italia"

Una volta esaminata la normativa c.d. "ordinaria" in tema di situazioni emergenziali dettata dal codice dei contratti pubblici possiamo ora passare in rassegna i provvedimenti assunti nel settore degli appalti dal Governo per fronteggiare la pandemia di COVID-19.

In particolare, oggetto della presente analisi sono le norme contenute nel decreto-legge 17 marzo 2020 n. 18, c.d. decreto "Cura Italia", contenente misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19.

Le norme in questione si trovano nel Titolo V del decreto citato e sono contenute negli articoli 72, 75, 86, 91 e 120.

L'art. 72, comma 2, lett. a), in considerazione dell'esigenza di contenere con immediatezza gli effetti negativi sull'internazionalizzazione del sistema Paese in conseguenza della diffusione del Covid-19, prevede la possibilità che i contratti di forniture, lavori e servizi utili per gli interventi di cui al comma 1¹⁵,

¹⁵ Articolo 1, comma 1, decreto-legge 17 marzo 2020 n. 18: "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)



possono essere aggiudicati con la procedura di cui all'articolo 63, comma 6, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e, dunque, mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara ed un invito rivolto ad almeno 5 operatori economici.

L'art. 75 autorizza le amministrazioni aggiudicatrici e autorità amministrative indipendenti, mediante la già citata procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, ad acquistare beni e servizi informatici, preferibilmente basati sul modello *cloud SaaS (software as a service)*, nonché servizi di connettività, 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 imprese¹⁶.

Autorizzazione che trova la sua causa giustificatrice nell'intento di 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.

Tale articolo, nell'ottica dell'eccezionalità che lo caratterizza, prevede altresì che il contratto può essere stipulato e la relativa esecuzione può essere avviata appena terminata la procedura di gara, anche in deroga ai termini di cui all'articolo 32 del decreto legislativo n. 50 del 2016¹⁷ (c.d. *stand-still*).

Troviamo poi l'art. 81 che, al fine di ripristinare la piena funzionalità e garantire le condizioni di sicurezza degli istituti penitenziari danneggiati nel corso delle proteste dei detenuti anche in relazione alle notizie sulla diffusione epidemiologica a livello nazionale del Covid-19, autorizza l'esecuzione dei lavori di somma urgenza con le procedure di cui all'articolo 163 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, anche in deroga ai limiti di spesa ivi previsti, fatto salvo il limite della soglia europea e i termini di presentazione della perizia giustificativa dei lavori.

Di estremo interesse è l'art. 91 che all'articolo 35, comma 18, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, dopo le parole: "*L'erogazione dell'anticipazione*" inserisce il seguente inciso "*, consentita anche nel caso di consegna in via d'urgenza, ai sensi dell'articolo 32, comma 8, del presente codice,*".

Dunque, tale norma stabilisce che l'erogazione dell'anticipazione prevista dall'art. 35, comma 18¹⁸, è consentita anche nel caso di consegna in via d'urgenza, prima della stipula formale del contratto di appalto.

)".

¹⁶ 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.

¹⁷ Art. 32, comma 9, decreto legislativo n. 50 del 2016: "*Il contratto non può comunque essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione.*"

¹⁸ 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'art. 99, invece, nella vigenza dello stato di emergenza deliberato dal Consiglio dei ministri in data 31 gennaio 2020 e, in ogni caso sino al 31 luglio 2020, riconosce la possibilità che l'acquisizione di forniture e servizi da parte delle aziende, agenzie e degli enti del Servizio sanitario nazionale da utilizzare nelle attività di contrasto dell'emergenza COVID-19, qualora sia finanziata in via esclusiva tramite donazioni di persone fisiche o giuridiche private, ai sensi dell'art. 793 c.c., possa avvenire mediante affidamento diretto, senza previa consultazione di due o più operatori economici, per importi non superiori alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, a condizione che l'affidamento sia conforme al motivo delle liberalità.

Troviamo, infine, l'art. 120 che al comma 3 prevede che le istituzioni scolastiche acquistino le piattaforme e i dispositivi di cui al comma 1, lettere a) e b), mediante ricorso alle convenzioni-quadro Consip e al Mercato elettronico della pubblica amministrazione (MEPA).

Qualora, tuttavia, ciò non sia possibile l'articolo citato autorizza le istituzioni scolastiche a provvedere all'acquisto delle piattaforme e dei dispositivi anche in deroga alle disposizioni del codice dei contratti pubblici.

4. I provvedimenti adottati per l'acquisto dei dispositivi sanitari

Le norme contenute nel c.d. decreto "Cura Italia" non sono state le uniche ad essere introdotte in deroga alle già eccezionali procedure previste dalla summenzionate previsioni.

Infatti, già il decreto-legge del 2 marzo 2020 n. 9 (*Misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*) e numerose ordinanze del Capo Dipartimento della Protezione Civile, in particolare la n. 630 del 3 febbraio 2020, hanno introdotto delle deroghe importanti con riferimento ai dispositivi di protezione individuali (DPI) e medicali connessi all'emergenza, il tutto "nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario"¹⁹, tra cui come noto rientrano la pubblicità e la trasparenza delle procedure stesse.

L'art. 34 del suddetto decreto prevede che il Dipartimento della protezione civile e i soggetti attuatori individuati dal Capo del dipartimento della protezione civile sono autorizzati, nell'ambito delle risorse disponibili per la gestione dell'emergenza, fino al termine dello stato di emergenza di cui alla delibera del Consiglio dei ministri in data 31 gennaio 2020, ad acquisire dispositivi di protezione individuali (DPI) come individuati dalla circolare del Ministero della salute n. 4373 del 12 febbraio 2020²⁰ e altri dispositivi

¹⁹ art. 3, c. 1, OCDPC n. 630

²⁰ Il Ministero della Salute ha individuato nella circolare n. 4373 del 12 febbraio 2020 una serie di dispositivi atti ad impedire il contatto diretto, il *droplet* e la trasmissione aerea in caso di gestione di casi sospetti o confermati di Covid-2019. Tali dispositivi, tecnicamente detti "Dispositivi di protezione individuali" (DPI), sono: mascherine di tipo almeno FFP2, occhiali o visiere, tute di protezione Modello Tychem C e guanti.

medicali, nonché a disporre pagamenti anticipati dell'intera fornitura, in deroga al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

Tra le deroghe previste dall'ordinanza n. 630 del 3 febbraio 2020²¹ vi è quella relativa alla preventiva consultazione degli operatori economici prevista per i contratti sotto soglia e per le procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara dettate da ragioni di estrema urgenza.

²¹ L'elenco completo delle deroghe è contenuto nell'art. 3 dell'OCDPC N. 630: " 1. Per la realizzazione delle attività di cui alla presente ordinanza, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario, il Capo del Dipartimento della protezione civile e gli eventuali soggetti attuatori dal medesimo individuati possono provvedere, sulla base di apposita motivazione, in deroga alle seguenti disposizioni normative:

- regio decreto 25 luglio 1904, n. 523, articoli 93, 94, 95, 96, 97, 98 e 99;
 - regio decreto 18 novembre 1923, n. 2440, articoli 3, 5, 6, secondo comma, 7, 9, 13, 14, 15, 19, 20;
 - regio decreto 30 dicembre 1923, n. 3267 articoli 7 e 8;
 - regio decreto 23 maggio 1924, n. 827, articoli 37, 38, 39, 40, 41, 42 e 119;
 - legge 7 agosto 1990, n. 241, articoli 2 - bis, 7, 8, 9, 10, 10 - bis, 14, 14 - bis, 14 - ter, 14 - quater, 14 - quinquies, 16, 17, 19 e 20 e successive modifiche ed integrazioni;
 - decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, articoli 40, 43, comma 1, 44 -bis e 72;
 - decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, art. 191, comma 3;
 - decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327, articoli 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 22 - bis, 23, 24, 25 e 49;
 - decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, e successive modifiche ed integrazioni, articoli 6, 7, 9, 10, 12, 18, 28, 29, 29-ter, 29-quater, 29-quinquies, 29-sexies, 29-septies, 29-octies, 29-nonies, 29-decies, 29-undicies, 29-terdecies, 33, 35, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 69, 76, 77, 78, 100, 101, 103, 105, 106, 107, 108, 109, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 133, 134, 137, 158 -bis, 179, 181, 182, 183, 184, 188, 193, 195, 196, 197, 198, 205, 231, da 239 a 253; con riferimento agli articoli 188 -ter, 189, 190, 208, 209, 211, 212, 214, 215 e 216, del predetto decreto legislativo n. 152/2006, nel rispetto della direttiva 2008/98CEE; con riferimento agli articoli 19, 20, 23, 24, 24 - bis, 25, 26, 27, 27-bis, del citato decreto legislativo n. 152/2006, limitatamente ai termini ivi previsti;
 - decreto del Presidente della Repubblica 4 settembre 2002, n. 254, articolo 14;
 - leggi ed altre disposizioni regionali strettamente connesse alle attività previste dalla presente ordinanza.
2. Per l'espletamento delle attività previste dalla presente ordinanza, il Capo del Dipartimento della protezione civile ed i soggetti attuatori, possono avvalersi, ove ricorrano i presupposti, delle procedure di cui agli articoli 63 e 163 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. Con riferimento alle procedure di somma urgenza, i termini per la redazione della perizia giustificativa di cui al comma 4 dell'art. 163 e per il controllo dei requisiti di partecipazione di cui al comma 7 dell'art. 163 possono essere derogati, di conseguenza è derogato il termine di cui al secondo periodo del comma 10 dell'art. 163.
3. Il Capo del Dipartimento della protezione civile ed i soggetti attuatori, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico, della direttiva del Consiglio dei ministri del 22 ottobre 2004 e dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario, per la realizzazione degli interventi di cui alla presente ordinanza, possono procedere in deroga ai seguenti articoli del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50:
- 21, allo scopo di autorizzare le procedure di affidamento anche in assenza della delibera di programmazione;
 - 32, 33, 34, 36, 70, 72, 73, 76 e 98, allo scopo di consentire la semplificazione della procedura di affidamento e l'adeguamento della relativa tempistica alle esigenze del contesto emergenziale; la deroga agli articoli 76 e 98 è riferita alle tempistiche e modalità delle comunicazioni ivi previste, da esercitare in misura compatibile con le esigenze del contesto emergenziale;
 - 35, allo scopo di consentire l'acquisizione di beni e servizi omogenei e analoghi, caratterizzati da regolarità, da rinnovare periodicamente entro il periodo emergenziale;
 - 37 e 38, allo scopo di consentire di procedere direttamente ed autonomamente all'acquisizione di lavori, servizi e forniture di qualsiasi importo in assenza del possesso della qualificazione ivi prevista e del ricorso alle Centrali di committenza;
 - 40 e 52, allo scopo di ammettere mezzi di comunicazione differenti da quelli elettronici, ove le condizioni determinate dal contesto emergenziale lo richiedono;
 - 60, 61 e 85, allo scopo di semplificare e accelerare la procedura per la scelta del contraente;
 - 63, comma 2, lettera c) relativamente alla possibilità di consentire lo svolgimento di procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando, al fine di accelerare la procedura di scelta del contraente e avviare, per ragioni di estrema urgenza a tutela della salute e dell'ambiente, gli interventi infrastrutturali di cui alla presente ordinanza.

Inoltre, tale ordinanza ammette la possibilità di corrispondere al fornitore l'anticipazione del prezzo dell'intera fornitura.

Invece, per quanto riguarda gli impianti di ventilazione assistita, l'art. 12 del D.L. 9 marzo 2020, n. 14 (Disposizioni urgenti per il potenziamento del Servizio Sanitario Nazionale in relazione all'emergenza COVID-19) - al fine di incrementare la disponibilità di dispositivi per il potenziamento dei reparti di terapia intensiva necessari alla gestione dei pazienti critici affetti dal virus COVID-19 - ha autorizzato il Dipartimento della protezione civile, per il tramite del Soggetto attuatore CONSIP S.p.A.,

Tale deroga, se necessaria, potrà essere utilizzata anche per l'individuazione dei soggetti cui affidare la verifica preventiva della progettazione di cui all'articolo 26, comma 6, lettera a) del medesimo decreto legislativo n. 50 del 2016;

- 95, relativamente alla possibilità di adottare il criterio di aggiudicazione con il prezzo più basso anche al di fuori delle ipotesi previste dalla norma;

- 97, relativamente alla possibilità di esercitare la facoltà di esclusione automatica fino a quando il numero delle offerte ammesse non è inferiore a cinque;

- 31, allo scopo di autorizzare, ove strettamente necessario, l'individuazione del RUP tra soggetti idonei estranei agli enti appaltanti, ancorché dipendenti di ruolo di altri soggetti o enti pubblici, in caso di assenza o insufficienza di personale interno in possesso dei requisiti necessari all'espletamento degli incarichi e dell'incremento delle esigenze di natura tecnico-progettuale derivanti dalle esigenze emergenziali;

- 24, allo scopo di autorizzare l'affidamento dell'incarico di progettazione a professionisti estranei all'ente appaltante, in caso di assenza o insufficienza di personale interno in possesso dei requisiti necessari all'espletamento dell'incarico e dell'incremento delle esigenze di natura tecnico - progettuale derivanti dalle esigenze emergenziali;

- 25, 26 e 27, allo scopo di autorizzare la semplificazione e l'accelerazione della procedura concernente la valutazione dell'interesse archeologico e le fasi di verifica preventiva della progettazione e di approvazione dei relativi progetti;

- 157, allo scopo di consentire l'adozione di procedure semplificate e celeri per l'affidamento di incarichi di progettazione e connessi, secondo le modalità ed entro i limiti stabiliti dalla presente ordinanza;

- 105, allo scopo di consentire l'immediata efficacia del contratto di subappalto a far data dalla richiesta dell'appaltatore, effettuando le verifiche circa il possesso dei requisiti, secondo le modalità descritte all'art. 163, comma 7, del decreto legislativo n. 50/2016;

-106, allo scopo di consentire varianti anche se non previste nei documenti di gara iniziali e allo scopo di derogare ai termini previsti dai commi 8 e 14 per gli adempimenti nei confronti di ANAC;

4. Salvo quanto previsto al comma 3, al momento della presentazione dei documenti relativi alle procedure di affidamento, i soggetti di cui all'articolo 1 accettano, anche in deroga agli articoli 81 ed 85 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, autocertificazioni, rese ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, circa il possesso dei requisiti per la partecipazione a procedure di evidenza pubblica, che i predetti soggetti verificano ai sensi dell'articolo 163, comma 7, del decreto legislativo n. 50/2016, mediante la Banca dati centralizzata gestita dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, o i mezzi di prova di cui all'art. 86, ovvero tramite altre idonee modalità compatibili con la gestione della situazione emergenziale, individuate dai medesimi soggetti responsabili delle procedure;

5. Fermo restando quanto previsto al comma 3, ai fini dell'acquisizione di lavori, beni e servizi, strettamente connessi alle attività di cui alla presente ordinanza i soggetti di cui all'art. 1 provvedono, mediante le procedure di cui agli articoli 36 e 63, anche non espletate contestualmente, previa selezione, ove possibile e qualora richiesto dalla normativa, di almeno cinque operatori economici, effettuando le verifiche circa il possesso dei requisiti, secondo le modalità descritte all'art. 163, comma 7, del decreto legislativo n. 50/2016. Ove esistenti, tali operatori sono selezionati all'interno delle white list delle Prefetture;

6. Tenuto conto dell'urgenza della realizzazione degli interventi di cui alla presente ordinanza i soggetti di cui all'art. 1 possono prevedere penalità adeguate all'urgenza anche in deroga a quanto previsto dall'art. 113 -bis del decreto legislativo n. 50/2016 e lavorazioni su più turni giornalieri, nel rispetto delle norme vigenti in materia di lavoro;

7. Nell'espletamento delle procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture strettamente connesse alle attività di cui alla presente ordinanza, i soggetti di cui all'art. 1 possono verificare le offerte anomale ai sensi dell'art. 97 del decreto legislativo n. 50 del 2016, richiedendo le necessarie spiegazioni per iscritto, assegnando al concorrente un termine compatibile con la situazione emergenziale in atto e comunque non inferiore a cinque giorni. Qualora l'offerta risulti anomala all'esito del procedimento di verifica, il soggetto aggiudicatario è liquidato ai sensi dell'art. 163, comma 5, per la parte di opere, servizi o forniture eventualmente già realizzata.

8. Le disposizioni di cui al presente articolo trovano applicazione per le Province autonome di Trento e di Bolzano limitatamente alle disposizioni richiamate che non rientrano nelle competenze attribuite dall'ordinamento statutario alle Province medesime. Con riguardo alle disposizioni che rientrano nelle materie attribuite dallo Statuto e dalle relative norme di attuazione, alle finalità del presente articolo provvedono le Province medesime secondo quanto previsto dai rispettivi ordinamenti."



ad acquistare con le procedure di cui all'articolo 34 del decreto-legge 2 marzo 2020, n. 9, sopra esaminate e comunque anche in deroga ai limiti di cui all'articolo 163, comma 8²², del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, cinquemila impianti di ventilazione assistita e i relativi materiali indispensabili per il funzionamento dei ventilatori.

Dunque, per consentire l'acquisto di tali impianti di ventilazione assistita si applicherà quanto previsto per i "Dispositivi di protezione individuali (DPI) e medicali", con possibilità di acquisto per importi anche sopra soglia comunitaria.

5. Considerazioni conclusive

Una procedura di scelta del contraente più snella rispetto a quella ordinaria è sicuramente indispensabile in periodi come quello che stiamo attraversando attualmente. Infatti, per far fronte all'emergenza che stiamo vivendo la pubblica amministrazione ha bisogno di dotarsi di tutti gli strumenti necessari nel più breve lasso di tempo possibile, visto anche la rapidità con cui si diffonde il c.d. coronavirus²³.

E' innegabile che la procedura ordinaria prevista dal codice dei contratti rallenterebbe di molto²⁴, soprattutto, l'approvvigionamento dei presidi sanitari con grave compromissione del bene primario da tutelare, cioè la salute, tutelato dall'art. 32 della Costituzione.

D'altronde, la reazione all'emergenza comporta inevitabilmente una compressione dei diritti e delle libertà che sono patrimonio comune di tutti gli ordinamenti occidentali²⁵.

Il bilanciamento operato in favore della protezione della salute, come interesse della collettività e diritto costituzionalmente tutelato, risulta dunque più che comprensibile, anche alla luce del fatto che la salute dei singoli e dell'intera collettività rappresenta nella presente congiuntura il bene costituzionalmente

²² Art. 163, comma 8, decreto legislativo n. 50 del 2016: "In via eccezionale, nella misura strettamente necessaria, l'affidamento diretto può essere autorizzato anche al di sopra dei limiti di cui al comma 1, per un arco temporale limitato, comunque non superiore a trenta giorni e solo per singole specifiche fattispecie indilazionabili e nei limiti massimi di importo stabiliti nei provvedimenti di cui all'articolo 7 del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 224. 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."

²³ Ad oggi in Italia sono stati 53.578 i casi totali. Nel dettaglio: i casi attualmente positivi sono 17.370 in Lombardia, 5.661 in Emilia-Romagna, 4.214 in Veneto, 3.506 in Piemonte, 1.997 nelle Marche, 1.905 in Toscana, 1.159 in Liguria, 1.086 nel Lazio, 793 in Campania, 666 in Friuli Venezia Giulia, 720 nella Provincia autonoma di Trento, 600 nella Provincia autonoma di Bolzano, 642 in Puglia, 458 in Sicilia, 494 in Abruzzo, 447 in Umbria, 304 in Valle d'Aosta, 321 in Sardegna, 225 in Calabria, 47 in Molise e 66 in Basilicata. Sono 6.072 le persone guarite. I deceduti, invece, sono 4.825.

²⁴ Dal "Rapporto sui tempi di attuazione delle opere pubbliche" redatto dall'Agenzia per la Coesione Territoriale risulta una media di sei mesi per la conclusione della fase di affidamento degli appalti pubblici.

²⁵ L. CUCOLO (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: una prospettiva comparata*, in www.federalismi.it, Osservatorio emergenza Covid-19 n. 1/2020, pag. 11.

protetto meritevole di prioritaria considerazione rispetto ad altri beni o interessi pure di primario rilievo²⁶ (quale, ad es., nel nostro caso quello della concorrenza e della massima partecipazione alle gare d'appalto). In particolare, la normativa analizzata al par. 4 riguardante le deroghe per gli acquisti dei presidi sanitari risponde al principio desumibile dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale secondo cui, nell'ambito dei trattamenti sanitari necessari, resta salvo, in ogni caso, quel “*nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana*”²⁷, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto.

Inoltre, l'adozione della maggior parte dei provvedimenti riguardanti il settore dei contratti pubblici tramite l'uso del decreto legge, in un momento di grande tensione nella vita democratica del paese, permette di coinvolgere, chiamandolo alla emanazione, il Presidente della Repubblica, garante dell'unità nazionale e restituisce al Parlamento la centralità che gli compete, chiamandolo alla conversione in legge²⁸. Ciò nel pieno rispetto del dettato costituzionale, che richiede il mantenimento di un rapporto – anche se derogatorio del regime ordinario - tra legislatore, quale espressione della rappresentanza politica del Paese, e governo, quale titolare del potere esecutivo, affidando in tutti i casi un ruolo di garante e custode al Presidente della Repubblica, secondo i poteri a lui attribuiti dall'art. 87 Cost²⁹.

Inoltre, i provvedimenti del governo nel settore degli appalti sono facilitati dalla competenza statale esclusiva in materia³⁰. Infatti, le disposizioni regolanti le procedure di gara sono riconducibili alla materia della tutela della concorrenza e vanno ascritte all'area delle norme fondamentali delle riforme economico-sociali, nonché delle norme con le quali lo Stato ha dato attuazione agli obblighi internazionali nascenti dalla partecipazione dell'Italia all'Unione europea.³¹

Quanto invece ai provvedimenti adottati tramite ordinanza della protezione civile, questi vanno valutati ovviamente in rapporto ad una situazione di emergenza del tutto eccezionale e straordinaria, nella quale

²⁶ A. RUGGERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in *www.diritti regionali.it*, n. 1/2020

²⁷ Corte Costituzionale, sentenze n. 309 del 1999, n. 267 del 1998, n. 247 del 1992.

²⁸ In tal senso M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, *op. cit.*

²⁹ B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *www.federalismi.it*, n. 6/2020.

³⁰ Il riferimento è alle ben più complesse questioni che concernono i diritti di libertà e i diritti sociali interessati dai provvedimenti governativi, anche in situazioni di competenza concorrente con le Regioni, e per il cui approfondimento si rimanda a B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *www.federalismi.it*, n. 6/2020; G. TROPEA, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in *federalismi.it, osservatorio emergenza Covid-19* n. 1/2020; M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *federalismi.it, osservatorio emergenza Covid-19* n. 1/2020; L. CUCOLO (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: una prospettiva comparata*, in *www.federalismi.it, osservatorio emergenza Covid-19* n. 1/2020; A. RUGGERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in *www.diritti regionali.it*, n. 1/2020; G. BOGGERO, *Le “more” dell'adozione dei dpcm sono “ghiotte” per le Regioni. Prime osservazioni sull'intreccio di poteri normativi tra Stato e Regioni in tema di Covid-19*, in *www.diritti regionali.it*, n. 1/2020.

³¹ Corte Cost. sentenze n. 263 del 2016, n. 187 e n. 36 del 2013, n. 74 del 2012, n. 328, n. 184 e n. 114 del 2011, n. 221 e n. 45 del 2010.



la ponderazione e la comparazione dei diversi interessi in gioco non segue pedissequamente le regole ed i criteri che governano l'azione pubblica in situazioni ordinarie.

I provvedimenti qui analizzati possono ritenersi costituzionalmente legittimi, in quanto sono temporalmente delimitati e non si tratta certo di provvedimenti atti ad abrogare o modificare le norme vigenti. Inoltre, sono ben definiti nel contenuto, nei tempi, nelle modalità di esercizio e, in particolare, il loro impiego viene realizzato specificando il nesso di strumentalità tra lo stato di emergenza e le norme di cui si consente la temporanea sospensione. Ciò in ossequio all'insegnamento dei giudici costituzionali³² e di quelli amministrativi³³.

³² Corte Cost. sent. n. 127/1995, sent. n. 418 del 1992.

³³ Cons. St., 28 ottobre 2011, n. 5799.