

Vittorio Miniero,¹ Riccardo Bond,² Gloria Papini,³ Fausto Bartolini^{4,5}

¹Avvocato amministrativista, specializzato in Appalti Pubblici

²Avvocato presso lo studio legale Avv. Vittorio Miniero di Bologna, esperto difesa e consulenza nella contrattualistica pubblica; formatore e consulente per le pubbliche amministrazioni

³Farmacista Dirigente, Dipartimento Assistenza Farmaceutica USL Umbria 2

⁴Direttore Dipartimento Assistenza Farmaceutica USL Umbria 2

⁵Coordinatore area scientifica SIFO 'Logistica, management e innovazione' e coordinatore per conto SIFO del progetto SIFO-FARE

Gli affidamenti dei beni sanitari durante e dopo il periodo emergenziale

La normativa di riferimento in tema di acquisti di beni sanitari per la Pubblica Amministrazione (PA) è la seguente.

Il riferimento prioritario è il Codice degli Appalti, D.Lvo 50/2016, con cui si è data rilevanza maggiore al criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo.

Il Decreto Legislativo 19 aprile 2017, n. 56 con modifiche all'articolo 95 ha stabilito che *la stazione appaltante stabilisce un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 30 per cento.*"

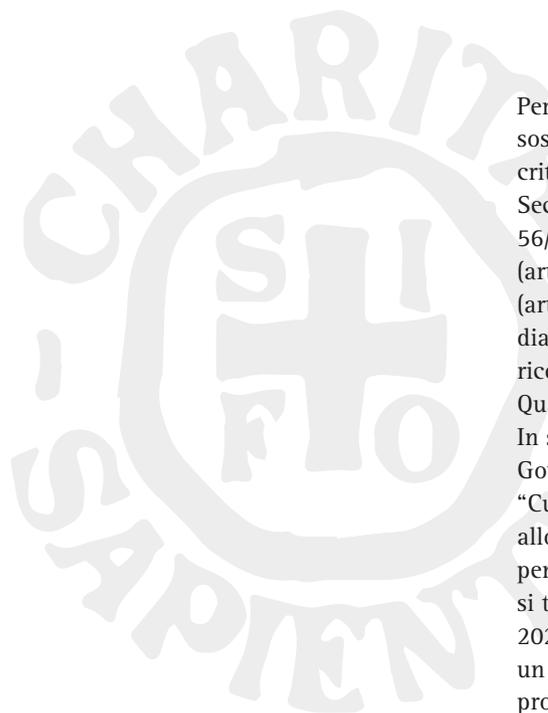
Il Decreto-Legge 18 aprile 2019, n. 32 "*Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici*" andava a modificare il precedente orientamento normativo.

Di fatto si prevedeva che le stazioni appaltanti dovevano procedere all'aggiudicazione dei contratti sotto-soglia (sotto 214.000 €) sulla base del criterio del minor prezzo con obbligo a motivare l'adozione dell'OEPV; inoltre, aspetto molto importante, nelle gare che facevano ricorso al criterio di aggiudicazione dell'OEPV, si eliminava l'obbligo del valore massimo del 30% da attribuire al prezzo. Questo consentiva quindi alle singole stazioni appaltanti di assegnare i pesi al prezzo e alla qualità in maniera differente e senza limiti per le varie tipologie di prodotto. Questa ultima modifica è stata effettuata grazie alla proposta di correzione del codice degli appalti formulata ufficialmente al Ministero della Salute da parte del Board del Progetto SIFO-FARE (a firma di SIFO, FARE, Farindustria, Assogenerici, Assobiomedica, Cittadinanzattiva).

Con la Legge n. 55 del 14 giugno 2019 (conversione del Decreto Legge 32 del 18 aprile 2019), la norma è stata modificata nuovamente.

Un aspetto di grande rilevanza, che purtroppo non è stato confermato nella suddetta Legge di conversione, è l'abrogazione del limite del 30% del prezzo e quindi rimane il rapporto 30/70 per l'OEPV.

Il nuovo comma 9-bis dell'articolo 36 del codice prevede che le stazioni appaltanti procedano all'aggiudicazione dei contratti sotto-soglia sulla base del criterio del minor prezzo ovvero sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa – quindi l'applicazione del criterio del minor prezzo prevista dal nuovo comma *non impedisce alla stazione appaltante e senza fornire alcuna motivazione, di utilizzare il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa negli affidamenti sotto-soglia.*



Pertanto, l'attuale assetto normativo del nostro Paese ribadisce con forza sostanzialmente quanto già presente nelle Direttive Europee, cioè di far ricorso al criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Secondo quanto riportato nel D. Lvo 50/2016 e successivamente nel D.Lvo 56/2017, si possono rintracciare le seguenti procedure di gara: procedura aperta (art. 60), procedura ristretta (art.61), procedura competitiva con rinegoziazione (art. 62), procedura negoziata senza negoziazione di un bando di gara (art. 63), dialogo competitivo, partenariato per l'innovazione (art. 65). In aggiunta si può ricorrere a tecniche e strumenti per appalti elettronici ed aggregati quali Accordo Quadro (art. 54) e Sistemi Dinamici di Acquisizione (art. 55).

In seguito alla diffusione della pandemia Covid-19, sono stati adottati da parte del Governo Nazionale dei provvedimenti normativi come il DL N. 18 del 17/03/2020 "Cura Italia" in cui l'art. 103 prevede che ai fini del computo dei termini 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, poi prorogata alla data del 15 maggio p.v. Di fatto, l'appalto è considerato un procedimento amministrativo quindi attualmente la possibilità è quella di procedere con

- proroghe tecniche;
- procedure comprese art. 36, comma 2, lett.a), 63 e 163, ovvero:
 - affidamenti diretti < 40 mila euro;
 - procedure negoziate senza bando;
 - somme urgenze.

Secondo quanto riportato dal Consiglio di Stato, sez. V, 17 gennaio 2018, n. 274, la proroga tecnica va intesa come *"istituto volto ad assicurare che, nelle more dello svolgimento di una gara per il nuovo affidamento di un servizio, l'erogazione dello stesso non subisca soluzioni di continuità - rappresenta un'ipotesi del tutto eccezionale, utilizzabile solo qualora non sia possibile attivare i necessari meccanismi concorrenziali"*.

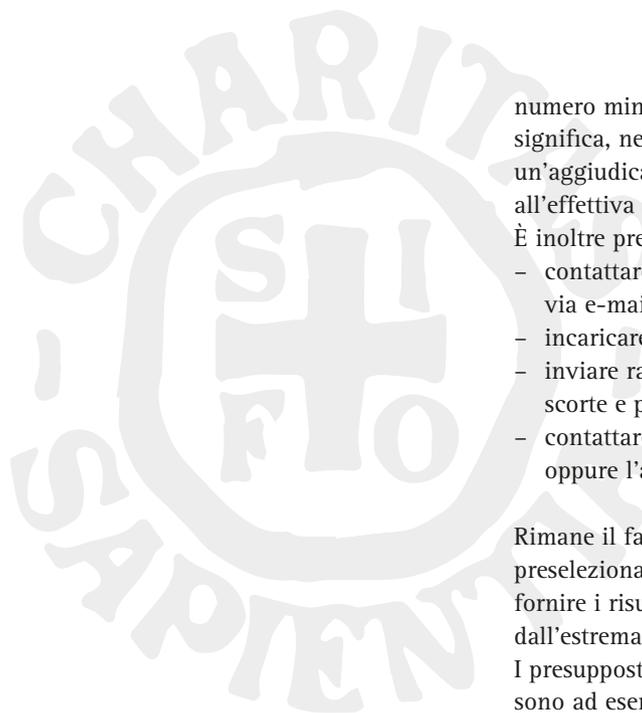
Il TAR Campania Napoli, con sentenza 1312/2020 precisa che:

"Ciò posto, mantenuta l'efficacia della proroga, il Collegio deve irrogare nei confronti della stazione appaltante (...) una sanzione alternativa tra quelle previste dall'art. 123, comma 1, c.p.a.. Il Collegio ne quantifica, pertanto, l'importo, ritenuto congruo in ragione del reiterarsi della condotta illegittima, nella misura pari all'1% del valore del contratto, rectius della proroga, tale intendendosi il prezzo di aggiudicazione ovvero dell'affidamento diretto da ultimo censurato (quinta proroga)."

Quindi di fatto, la proroga tecnica si può applicare soltanto in caso di contratto scaduto, in cui non era prevista nel capitolato di gara la possibilità di una proroga e nelle more dello svolgimento di una nuova gara. Non è possibile procedere con una proroga tecnica su forniture per le quali non sono in essere contratti frutto di una procedura di gara pubblica.

In merito alle procedure negoziate senza bando, secondo quanto riportato dalla Comunicazione della Commissione Europea 2020/C108I/01, gli acquirenti pubblici possono ricorrere a una procedura negoziata senza previa pubblicazione. Inoltre potrebbe anche essere consentita l'aggiudicazione diretta a un operatore economico preselezionato, purché quest'ultimo sia l'unico in grado di consegnare le forniture necessarie nel rispetto dei vincoli tecnici e temporali imposti dall'estrema urgenza.

Tale modalità di procedere consente agli acquirenti pubblici di negoziare direttamente con i potenziali contraenti senza obblighi di pubblicazione, termini,



numero minimo di candidati da consultare o altri obblighi procedurali. Questo significa, nella pratica, che si procede molto rapidamente e di fatto si opera un'aggiudicazione diretta, soggetta unicamente ai vincoli fisici/tecnici connessi all'effettiva disponibilità e rapidità di consegna.

È inoltre previsto che gli acquirenti pubblici possono:

- contattare i potenziali contraenti, nell'UE e al di fuori dell'UE, telefonicamente, via e-mail o di persona;
- incaricare agenti che abbiano contatti migliori sui mercati;
- inviare rappresentanti direttamente nei paesi che dispongono delle necessarie scorte e possono provvedere a una consegna immediata;
- contattare potenziali fornitori per concordare un incremento della produzione oppure l'avvio o il rinnovo della produzione.

Rimane il fatto che l'aggiudicazione diretta a un operatore economico preselezionato è l'eccezione ed è applicabile se solo un'impresa è in grado di fornire i risultati richiesti nel rispetto dei vincoli tecnici e temporali imposti dall'estrema urgenza.

I presupposti per la corretta applicazione di una procedura negoziata senza bando sono ad esempio:

- Eventi imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice in questione;
- Impossibilità di rispettare i termini di scadenza generali a causa dell'estrema urgenza;
- Nesso di causalità tra l'evento imprevedibile e l'estrema urgenza;
- Utilizzo unicamente per colmare la lacuna fino a quando non sarà possibile trovare situazioni più stabili.

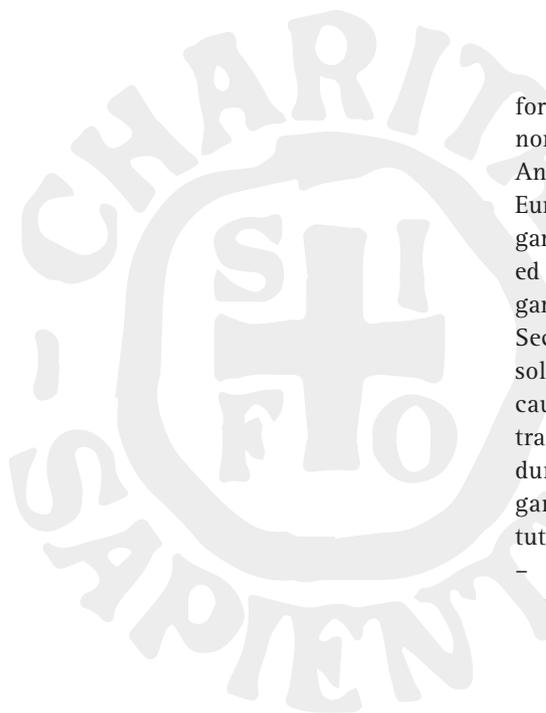
Tutto questo rispecchia a pieno quanto le PA stanno affrontando per gli acquisti in emergenza durante la pandemia da COVID-19.

Anche il contratto di accordo quadro ha subito mutazioni in tempo di emergenza, adattandosi alle criticità emergenziali ricorrenti e cercando di superare tutte le problematiche evolvendo verso forme maggiormente flessibili. In questo contesto, CONSIP ha agito da apripista, incaricata dalla Protezione Civile di procedere, avvalendosi delle ordinanze emesse, all'acquisto urgente di DPI e apparecchiature elettromedicali necessari a fronteggiare l'emergenza sanitaria, anche in deroga alle disposizioni del D.Lvo 50/2016.

Quindi, di fatto, Consip ha provveduto a traslare all'interno di una procedura negoziata senza pubblicazione di un bando per motivi di estrema urgenza un accordo quadro così strutturato: la gara è stata suddivisa in lotti e per ciascuno è stata prevista la conclusione di un accordo quadro ex art. 54 D.Lvo 50/2016, valido fino al termine dello stato di emergenza fissato al 31/07/2020.

Una prima differenza si riscontra nella struttura dell'accordo quadro; di norma Consip indice e aggiudica la gara lasciando l'emissione di ordini alle singole Amministrazioni. In questo caso Consip ha emesso anche gli ordinativi di fornitura dei prodotti previsti, delegando la Protezione Civile all'effettiva assegnazione alle strutture sanitarie. Una seconda differenza riguarda l'aver previsto una dichiarazione da parte degli offerenti sulla reale capacità di consegna espressa in termini di numero di prodotti che il concorrente rende disponibili entro 3 giorni, 4-7 giorni, 8-15 giorni, 16-45 giorni.

Ultima differenza è che l'aggiudicazione viene effettuata per ciascun lotto, nei confronti di tutti gli operatori economici ammessi alla procedura, in considerazione dello stato di emergenza che coinvolge l'intero territorio nazionale e delle consistenti esigenze quantitative di materiali tali da non poter essere soddisfatte da un solo aggiudicatario. Consip ha pertanto affidato gli ordini di



fornitura sulla base di una graduatoria derivante dalla procedura negoziata, nonché sulla disponibilità di consegna dei fornitori.

Anche ANAC conferma la validità della Comunicazione della Commissione Europea con Delibera n. 312 del 09 aprile 2020 e fornisce le indicazioni al fine di garantire, durante l'emergenza sanitaria, l'adozione di comportamenti omogenei ed uniformi da parte delle stazioni appaltanti nello svolgimento delle procedure di gara e nella relativa fase di esecuzione.

Secondo ANAC, in linea generale, le amministrazioni dovrebbero avviare soltanto le procedure di gara ritenute urgenti e indifferibili, adottando tutte le cautele volte a favorire la massima partecipazione e garantire la *par condicio* tra i concorrenti. Nel caso in cui le PA procedano con l'avvio delle procedure durante il periodo di sospensione, le stazioni appaltanti, nei documenti di gara, forniscono le seguenti informazioni mediante avviso pubblico riferito a tutte le gare:

- sospensione dei termini, chiarendo che detta sospensione si applica a tutti i termini stabiliti dalle singole disposizioni della *lex specialis* e, in particolare sia a quelli "iniziali" relativi alla presentazione delle domande di partecipazione e/o delle offerte, nonché a quelli previsti per l'effettuazione di sopralluoghi, sia a quelli "endoprocedimentali" tra i quali, a titolo esemplificativo, quelli relativi al procedimento di soccorso istruttorio e al sub-procedimento di verifica dell'anomalia e/o congruità dell'offerta;
- indicazione della nuova scadenza dei termini già assegnati, specificando che alla conclusione del periodo di sospensione (cioè dal 16 maggio 2020) i termini suindicati riprenderanno a decorrere per il periodo residuo.

La Delibera ANAC riporta inoltre che la stazione appaltante adotterà ogni misura organizzativa idonea ad assicurare comunque la ragionevole durata e la celere conclusione della procedura, compatibilmente con la situazione di emergenza in atto. A tal fine, valuterà l'opportunità di rispettare, i termini finali ed esecutivi originariamente previsti, nei limiti in cui ciò sia compatibile con le misure di contenimento della diffusione del COVID-19.

È inoltre prevista la possibilità di prevedere lo svolgimento delle sedute riservate della commissione giudicatrice in streaming o con collegamenti da remoto, anche laddove tale modalità non sia prevista nel bando di gara, assicurando comunque la verbalizzazione delle operazioni svolte. In tali casi adottano tutte le misure necessarie a garantire la riservatezza delle comunicazioni e la trasparenza delle operazioni.

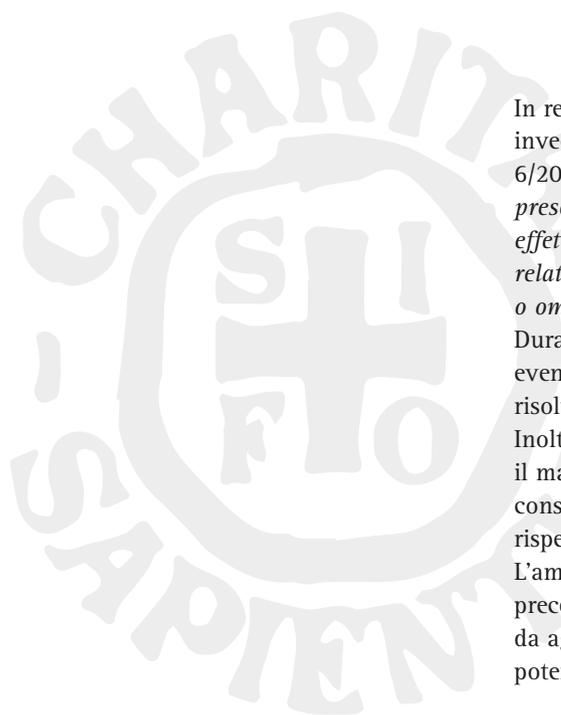
COSA SUCCEDERÀ PER I CONTRATTI IN CORSO?

Alcuni contratti di appalto, durante il periodo emergenziale, sono divenuti parzialmente o totalmente irrealizzabili.

In proposito l'Art. 107 (Sospensione) del D.Lgs 50/2016 riporta che la sospensione può essere disposta dal RUP per ragioni di necessità o di pubblico interesse.

La sospensione non legittima l'operatore economico alla richiesta di danni e qualora duri per un periodo di tempo superiore ad un quarto della durata complessiva, o comunque quando superi sei mesi complessivi, l'esecutore può chiedere la risoluzione del contratto senza indennità.

In conseguenza delle sospensioni le stazioni appaltanti concedono proroghe e/o differimenti ulteriori rispetto a quelli previsti dal decreto-legge in esame, anche su richiesta degli operatori economici, laddove l'impossibilità di rispettare i termini sia dovuta all'emergenza sanitaria.



In relazione ai contratti in corso di esecuzione durante il periodo emergenziale, invece, l'art.91 del D.L. 18/2020 ha introdotto il comma 6 bis all'art.6 del D.L. 6/2020, disponendo: *“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.”*

Durante tale periodo le amministrazioni dovranno considerare giustificati eventuali ritardi o inadempimenti, senza poter applicare penali o minacciare la risoluzione dei contratti in danno.

Inoltre il periodo emergenziale potrebbe rendere impossibile per i fornitori il mantenimento del prezzo originariamente offerto in gara e comportare di conseguenza la proposta di esecuzione ad un prezzo differenze e maggiore rispetto a quello contrattuale.

L'amministrazione potrà accettare il cambiamento del prezzo stipulando con il precedente fornitore o eventualmente anche con fornitori diversi contratti ponte da aggiudicare ai sensi dell'art.63 comma 2 lett.c) del D.Lgs 50/2016, in attesa di poter rifare la procedura di gara con prezzi e modalità ordinarie.