



AUTORITÀ
NAZIONALE
ANTICORRUZIONE

ATTO DI SEGNALAZIONE N. 7 DELL' 8/7/2020

Concernente la disciplina adottata per far fronte all'emergenza sanitaria da Covid-19 e, in particolare, gli effetti delle misure anti-contagio sui contratti pubblici in corso di affidamento.

Approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 598
dell'8 luglio 2020

ATTO DI SEGNALAZIONE N. 7 ... DELL'8 LUGLIO 2020

Concernente la disciplina adottata per far fronte all'emergenza sanitaria da Covid-19 e, in particolare, gli effetti delle misure anti-contagio sui contratti pubblici in corso di affidamento.

Approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 598 dell'8 luglio 2020

1. Premessa

L'Autorità Nazionale Anticorruzione (di seguito, ANAC), ai sensi dell'art. 213, co. 3, lettere c) e d), del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (nel seguito "Codice"), ha il potere di segnalare al Governo e al Parlamento, con apposito atto, fenomeni particolarmente gravi di inosservanza o di applicazione distorta della normativa di settore nonché di formulare al Governo proposte in ordine a modifiche occorrenti in relazione alla normativa vigente di settore. Considerate le competenze riconosciute all'Autorità, si intendono di seguito formulare osservazioni in merito alla disciplina adottata per far fronte all'emergenza sanitaria da Covid-19 e, in particolare, agli effetti delle misure anti-contagio sui contratti pubblici in corso di affidamento.

Nello svolgimento delle funzioni istituzionali di vigilanza sul mercato dei contratti pubblici durante il periodo emergenziale, l'Autorità ha ricevuto la segnalazione di alcune criticità conseguenti all'adozione dei Protocolli Anti-contagio sottoscritti dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti il 14 e il 24 marzo 2020, sulle gare, afferenti in particolare al settore dei lavori, in corso di svolgimento. Nello specifico, è stata segnalata l'assenza di uno specifico strumento normativo da utilizzare per apportare modifiche all'oggetto del contratto, al fine del suo adeguamento alle misure anti-contagio, in una fase antecedente all'esecuzione.

2. Osservazioni

L'adeguamento alle misure anti-contagio per le gare in corso di svolgimento comporta una modifica dell'oggetto del contratto che, in alcuni casi, può rivelarsi sostanziale, incidendo sui costi della sicurezza, oltre che sui tempi e sulle modalità di esecuzione della prestazione. Il legislatore dell'emergenza non ha

regolato la specifica fattispecie, mentre il codice dei contratti pubblici consente la modifica del contratto soltanto in corso di esecuzione, ai sensi dell'articolo 106. Detta norma prevede, infatti, a determinate condizioni, «le modifiche, nonché le varianti dei contratti di appalto in corso di validità» e, dunque, secondo la puntuale indicazione che si trae dalla rubrica dell'articolo e dal tenore letterale di esso, la «modifica di contratti durante il periodo di efficacia». La disposizione scolpisce dunque in modo netto i propri confini operativi, circoscrivendoli al caso nel quale, conseguita l'aggiudicazione, non solo sia già stato stipulato il contratto, ma questo sia anche efficace e in corso di validità. Ciò a presidio dei principi di concorrenza, parità di trattamento dei concorrenti, segretezza delle offerte, espressione dei principi generali di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.).

La fase che precede la stipula del contratto valido ed efficace rimane, invece, presidiata dai principi dell'evidenza pubblica i quali non consentono l'apprezzabile modifica dell'oggetto dell'appalto, se non a prezzo di vulnerare la par condicio tra i concorrenti» (*ex multis*, Tar Lazio, Roma, 4 maggio 2016, n. 5088), né ammettono la possibilità di riformulare l'offerta che rimane invece connotata dall'immutabilità dei contenuti e dalla tassatività dei termini di presentazione» (TAR Lazio Roma 11732/2017).

L'applicazione di tali principi, valevoli in via ordinaria, alla situazione di emergenza in atto comporterebbe la necessità di procedere alla modifica dei bandi di gara, differendo il termine per la presentazione delle offerte, qualora non ancora spirato, oppure richiedendo ai concorrenti la presentazione di una nuova offerta, nel caso di termine scaduto. Ciò anche laddove si sia giunti all'aggiudicazione del contratto senza che lo stesso sia stato sottoscritto. Tali previsioni comporterebbero un notevole aggravio dell'azione amministrativa con aumento dei costi e dei tempi di aggiudicazione proprio in un momento in cui la principale preoccupazione è quella di consentire una celere ripartenza del settore con la ripresa dei cantieri. La particolarità della situazione richiederebbe, quindi, una specifica soluzione che tenga in considerazione la peculiarità del caso concreto e consenta il contemperamento dei contrapposti interessi coinvolti e, in particolare, l'interesse pubblico al corretto svolgimento delle procedure di aggiudicazione e la necessità di consentire una rapida ripresa dell'economia, scongiurando il rischio di restare ancorati a rigidi formalismi procedurali che paralizzerebbero il settore.

A tal fine, potrebbe rivelarsi opportuna l'adozione delle seguenti soluzioni, differenziate in base alla fase di svolgimento della procedura di aggiudicazione.

1. *Nel caso in cui sia in corso la fase di progettazione o la stessa debba essere avviata:* la progettazione può essere aggiornata alla situazione emergenziale in atto. A tale proposito, per far fronte all'eventuale mutamento delle condizioni derivanti dal superamento dell'emergenza, potrebbe essere prevista l'introduzione di una clausola analoga a quella prevista all'articolo 106, comma 1, lettera a), del codice dei contratti pubblici, al fine di rivedere l'importo da corrispondere all'aggiudicatario dei servizi di progettazione.
2. *Per le procedure di gara da bandire sulla base di un progetto validato e per le procedure di gara per le quali è stato pubblicato il bando ed è in corso il termine di presentazione delle offerte:* può essere

prevista una disciplina analoga a quella prevista all'articolo 106, comma 1, lettera a), del codice dei contratti pubblici mediante apposite integrazioni dei documenti di gara e conseguenti attività di pubblicità.

3. *Per le procedure di gara per le quali è stata già presentata l'offerta ed è stata avviata la fase di valutazione e per le procedure di gara per le quali è stata predisposta l'aggiudicazione con contratto stipulato o da stipulare:* si può prevedere l'estensione dell'applicazione dell'articolo 106, comma 1, lettera c), del codice dei contratti pubblici o in alternativa della previsione di cui all'articolo 106, comma 2, nei limiti indicati dal medesimo articolo.

La soluzione proposta, che fa riferimento prevalentemente alle procedure inerenti i lavori ma è estensibile a tutte le procedure di affidamento che presentano la problematica delle misure anti-contagio, non sembra pregiudicare i principi di concorrenza, trasparenza e parità di trattamento, atteso che la situazione da cui origina è oggettiva, nota e generalizzata e considerato che la relativa applicazione è limitata sia riguardo ai casi (le sole procedure che si trovano nella fase ricompresa tra la progettazione e la stipula del contratto) che riguardo ai tempi.

In considerazione di tutto quanto sopra esposto

3. L'Autorità segnala

L'opportunità di prevedere, nell'ambito dei provvedimenti in corso di conversione in legge o di ulteriori provvedimenti adottati in conseguenza all'emergenza da Covid-19, l'adozione di specifiche misure volte a consentire la modifica dell'oggetto del contratto, nella fase antecedente all'esecuzione, ai fini del relativo adeguamento alle misure anti-contagio vigenti.

Approvato dal Consiglio nella seduta dell'8 luglio 2020

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio il 16 luglio 2020

Per il Segretario, Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente

