

Prot. n. Leg-12/ao
Bologna, 27 aprile 2020

Oggetto: ulteriore proroga dei termini ai sensi dell'art. 37 del decreto-legge 08/04/2020 n. 23 e approfondimenti su artt. 103 e 91 del Decreto Legge Covid-19 del 17/03/2020 n. 18 con particolare riguardo al settore degli appalti pubblici.

Sommario

L'art. 37 del decreto-legge 08/04/2020 n. 23 (cd. Decreto Liquidità) ha prorogato la sospensione dei termini relativi allo svolgimento dei procedimenti amministrativi.

Quindi, si forniscono approfondimenti sul tema da parte di ANCI, ANAC e AGCM.

Preliminarmente, si segnala che, ai sensi dell'art. 37 del decreto-legge 08/04/2020 n. 23 (cd. Decreto Liquidità), pubblicato nella G.U. del 08/04/2020 n. 94, ed in vigore dal 09/04/2020, la sospensione dei termini ordinatori o perentori, propedeutici, endoprocedimentali, finali ed esecutivi, relativi allo svolgimento di procedimenti amministrativi su istanza di parte o d'ufficio, disposta fino al 15/04/2020 dall'art. 103 del decreto-legge 17/03/2020 n. 18, è stata **ulteriormente prorogata fino al 15 maggio 2020**.

In merito alla predetta sospensione dei termini, sono stati forniti dei chiarimenti da parte di ANCI e ANAC con riguardo al settore degli appalti pubblici e da parte dell'AGCM con riguardo al settore dell'antitrust.

Di seguito si riportano i passaggi ritenuti più salienti, rinviando alla lettura dei documenti allegati alla presente circolare.

ANCI - Prot. n. 31/VSG/SD del 08/04/2020 "Nota tecnica di approfondimento su sospensione dei termini di procedimenti amministrativi: edilizia, gare e contratti pubblici (art. 103 DL 18/2020)".

L'art. 103 DL 18/2020 è una norma di carattere generale, quindi si applica a tutti i procedimenti amministrativi ed a tutti i termini che ne scandiscono lo svolgimento. Gli unici termini sottratti a questa disciplina sono quelli espressamente indicati dalla stessa norma (quelli previsti o imposti dallo stesso decreto-legge 18/2020 e dai precedenti decreti in materia di emergenza sanitaria, nonché quelli legati ai pagamenti espressamente citati – es. pagamenti di stipendi, pensioni, retribuzioni per lavoro autonomo, ecc.).

Pertanto, l'art. 103 DL 18/2020 riguarda tutti i termini nell'ambito di un procedimento amministrativo iniziato su istanza di parte o d'ufficio, tra cui si ritiene che vi rientrino quelli:

- 1) Edilizi: procedimenti relativi al rilascio e controllo di titoli abilitativi quali ad es. permesso di costruire; CILA; SCIA;
- 2) Di gestione vincoli territoriali (es. termini istruttori per il rilascio del relativo titolo edilizio, termini nell'ambito della conferenza di servizi per l'acquisizione di atti di assenso come l'autorizzazione paesaggistica, ecc.);
- 3) Di pianificazione territoriale e urbanistica (procedure di approvazione di piani e varianti, accordi di programma, ecc.).

Per quanto concerne le procedure di cui al D.Lgs. n. 50/2016 e ss.mm. (cd Codice dei contratti), è intervenuto il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti in data 23/03/2020 – v. ns. circolare a riguardo –



ritenendo la sospensione dei termini di cui all'art. 103 DL 18/2020 applicabile anche alle procedure di appalto e di concessione.

Tuttavia, ad avviso di ANCI, il criterio della massima partecipazione dei soggetti interessati sembra valere soprattutto per le gare da indire e meno per le gare già in corso (dove la richiesta dei concorrenti potrebbe andare nella direzione opposta di non procrastinare l'aggiudicazione). In sostanza, secondo ANCI, il rischio che la PA, nel riorganizzarsi, possa incorrere in ritardi colpevoli sembrerebbe più corretto se valutato caso per caso, da parte delle stazioni appaltanti, anche in ragione dell'urgenza della conclusione delle procedure rispetto all'emergenza sanitaria in corso.

Quanto sopra trova conferma nella stessa nota del MIT sopra citata secondo cui *"(...) nulla vieta che quest'ultimo – stazione appaltante- possa validamente porre in essere l'attività prevista entro il termine originario ovvero in un termine inferiore rispetto a quello della sospensione"*, tenuto conto altresì che le Pubbliche Amministrazioni *"adottano ogni misura utile organizzativa idonea ad assicurare comunque la ragionevole durata e la celere conclusione dei procedimenti, con priorità per quelli da considerare urgenti (...)"*.

Pertanto, secondo ANCI, gli enti locali possono effettuare una ricognizione delle procedure di gara avviate e da indire, valutando caso per caso la necessità di una loro sospensione e/o riprogrammazione cui, del caso, dovranno seguire i successivi atti conseguenti, con le adeguate forme di pubblicità.

Le procedure urgenti possono invece essere sempre portate a termine, soprattutto se legate all'emergenza sanitaria in corso.

ANAC – delibera n. 312 del 09/04/2020 “Prime indicazioni in merito all’incidenza delle misure di contenimento e gestione dell’emergenza epidemiologica da Covid-19 sullo svolgimento delle procedure di evidenza pubblica di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e s.m.i. e sull’esecuzione delle relative prestazioni”.

La delibera in oggetto ha lo scopo di fornire indicazioni per 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.

1) Procedure di gara per le quali non c'è ancora la pubblicazione del bando di gara, dell'avviso o dell'invito a presentare offerte

Le S.A. valutano la necessità o l'opportunità di differire l'avvio delle procedure di gara tenendo conto di una serie di elementi quali, ad esempio, l'urgenza di approvvigionamento; la necessità di prevedere il sopralluogo; la complessità delle operazioni richieste per la presentazione delle offerte; le difficoltà organizzative interne connesse alla situazione di emergenza; ecc.

In via generale, le S.A. dovrebbero avviare solo le procedure di gara ritenute urgenti ed indifferibili.

2) Procedure di selezione in corso di esecuzione

Le S.A. assicurano la massima pubblicità e trasparenza delle determinazioni adottate in conseguenza dell'emergenza sanitaria, dando atto con avviso pubblico, fra l'altro, della sospensione dei termini disposta ai sensi dell'art. 103 DL 18/2020, come modificato dall'art. 37 DL 23/2020; della nuova scadenza dei termini come ricalcolata, specificando che alla conclusione del periodo di sospensione (cioè dal 16 maggio 2020) i termini riprenderanno a decorrere per il periodo residuo.

Inoltre, nelle procedure ristrette o negoziate, in cui sono noti i partecipanti, già a partire dal termine per la presentazione delle offerte e, per tutte le procedure, con riferimento ai termini



relativi alle fasi successive di gara, le S.A. possono non applicare la sospensione di alcuni termini di gara previsti a favore dei concorrenti, precisando per quali termini invece si applica la sospensione ai sensi dell'art. 103 DL 18/2020, come modificato dall'art. 37 DL 23/2020.

3) Fase di esecuzione del contratto

A questo proposito, si cita l'art. 91 DL 18/2020, secondo cui il rispetto delle misure di contenimento del contagio previste nel decreto è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardi o omessi adempimenti.

Tale norma si applica anche ai contratti aventi ad oggetto servizi e forniture. Pertanto, anche in questi casi, l'emergenza sanitaria Covid-19 è valutata quale causa di forza maggiore che giustifica il ritardo nell'esecuzione delle prestazioni contrattuali, escludendo l'applicazione delle penali di cui all'art. 113-*bis*, comma 2, del Codice dei contratti.

ANAC – atto di segnalazione n. 4 del 09/04/2020 “Concernente l’applicazione dell’articolo 103, comma 1, del decreto-legge n. 18 del 17/03/2020 così come modificato dal decreto-legge n. 23 dell’08/04/2020 nel settore dei contratti pubblici”.

Secondo l'ANAC, alla luce della proroga della sospensione dei termini procedurali fino al 15 maggio 2020 (disposta con l'art. 37 del d.l. n. 23/2020) ed in considerazione della possibilità di una nuova proroga di tale termine, al fine di non paralizzare gli approvvigionamenti anche solo indirettamente funzionali alla gestione dell'emergenza sanitaria, con un danno per la collettività, si ritiene opportuno evidenziare la necessità di adottare specifiche misure in luogo di una generalizzata applicazione della sospensione dei termini disposta dai decreti-legge nn. 18 e 23 del 2020.

In considerazione di ciò, l'ANAC segnala l'opportunità di prevedere, anche in vista della ripresa delle attività produttive, la cosiddetta “fase 2”, misure *ad hoc* riferite allo svolgimento delle procedure di gara per l'affidamento di contratti pubblici e all'esecuzione degli stessi, ritenendo che l'applicazione delle disposizioni adottate in generale per i procedimenti amministrativi possa creare rilevanti problemi applicativi al settore dei contratti pubblici date le sue specificità.

AGCM – “Comunicazione sull’interpretazione dell’art. 103 del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, così come modificato dall’art. 37 del decreto legge 8 aprile 2020, n. 23”, approvata dal Collegio dell’Autorità nelle sedute del 1° aprile e del 10 aprile 2020.

Al fine di continuare a garantire l'efficiente ed efficace svolgimento delle proprie funzioni istituzionali, in linea con l'art. 103 d.l. n. 18/2020, che riconosce alle pubbliche amministrazioni la potestà di adottare misure organizzative idonee ad assicurare comunque la ragionevole durata e la celere conclusione del procedimento, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha individuato i casi che non rientrano nella sospensione fino al 15 maggio 2020.

Quindi, sono esclusi dalla sospensione:

- I termini dei procedimenti cautelari, al fine di impedire il prodursi di un danno grave e irreparabile alla concorrenza ed ai diritti dei consumatori che, nelle more della sospensione, potrebbero invece consolidarsi definitivamente;
- I termini entro cui le imprese devono ottemperare alla diffida, trattandosi di un'attività che non solo non è amministrativa e non si svolge nell'ambito di un procedimento, ma che è necessaria a rimuovere dall'ordinamento un illecito anticoncorrenziale o consumeristico. Applicare la



sospensione a questi termini significherebbe prolungare ingiustificatamente la durata di una condotta illecita, con conseguente lesione degli interessi alla cui tutela è istituzionalmente preposta l'Autorità;

- Il termine entro cui le imprese devono ottemperare alle misure imposte in sede di autorizzazione condizionata di un'operazione di concentrazione, in quanto volte a preservare la concorrenza.

Inoltre, per quanto concerne i termini esecutivi per il pagamento delle sanzioni, l'AGCM dispone quanto segue:

- In materia di concorrenza, i termini di pagamento delle sanzioni che scadono nel periodo dal 23 febbraio al 15 maggio 2020, sono prorogati al 1° ottobre 2020, tenuto già conto del periodo di sospensione;
- Per le sanzioni in materia di tutela del consumatore, il cui pagamento deve essere effettuato entro 30 giorni dalla notifica del provvedimento (in base a quanto disposto dall'art. 27, comma 13, del Codice del consumo), il termine esecutivo è sospeso e ricomincia a decorrere finito il periodo di sospensione (cioè dal 16 maggio 2020);
- Per le sanzioni i cui termini di pagamento siano già scaduti al 23 febbraio 2020, non si tiene conto del periodo di sospensione ai fini del computo degli interessi e delle maggiorazioni;
- Sono sospesi i termini di pagamento delle rate che scadono nel periodo della sospensione.

Cordiali saluti.

Allegati:

- 1) ANCI - *Prot. n. 31/VSG/SD del 08/04/2020 "Nota tecnica di approfondimento su sospensione dei termini di procedimenti amministrativi: edilizia, gare e contratti pubblici (art. 103 DL 18/2020)";*
- 2) ANAC – *delibera n. 312 del 09/04/2020 "Prime indicazioni in merito all'incidenza delle misure di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 sullo svolgimento delle procedure di evidenza pubblica di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e s.m.i. e sull'esecuzione delle relative prestazioni";*
- 3) ANAC – *atto di segnalazione n. 4 del 09/04/2020 "Concernente l'applicazione dell'articolo 103, comma 1, del decreto-legge n. 18 del 17/03/2020 così come modificato dal decreto-legge n. 23 dell'08/04/2020 nel settore dei contratti pubblici";*
- 4) AGCM – *"Comunicazione sull'interpretazione dell'art. 103 del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, così come modificato dall'art. 37 del decreto legge 8 aprile 2020, n. 23", approvata dal Collegio dell'Autorità nelle sedute del 1° aprile e del 10 aprile 2020.*