

La disciplina emergenziale dei procedimenti amministrativi e l'applicabilità agli appalti pubblici

di Achille Morcavallo

Data di pubblicazione: 17-6-2020

Il presente testo riproduce fedelmente l'intervento al Convegno "processo e procedimento nell'attuale periodo emergenziale", organizzato dalla Camera Amministrativa Distrettuale degli Avvocati delle province di Catanzaro, Cosenza, Crotona e Vibo Valentia il 19.05.2020, da parte dell'Avv. Achille Morcavallo, Patrocinante nelle Magistrature superiori- Docente di Diritto amministrativo presso la SSPL dell'Università Magna Graecia di Catanzaro – Dottore di ricerca presso l'Università la Sapienza

Buon pomeriggio a tutti.

E' per me un onore oltre che un piacere intervenire a questo Convegno sulle regole emergenziali del processo e del procedimento amministrativo che vede la partecipazione del Pres. Durante, del Prof. Giardino e dei colleghi della Camera Amministrativa.

L'argomento che ho scelto, d'intesa con il direttivo della Camera, attiene alle regole dettate per i procedimenti amministrativi nell'attuale periodo di pandemia.

L'art. 103 D.l. n. 18/2020, conv. in L. n. 27/2020 e mod. dall'art. 37, comma 1 D.l. n. 23/2020 introduce un periodo di sospensione dei termini nei procedimenti amministrativi, pendenti alla data del 23 febbraio 2020 o iniziati successivamente a tale data fino al 15 aprile, con proroga al 15 maggio 2020.

La sospensione *ad tempus* dei termini procedurali ha conseguenze rilevanti sia sui termini degli atti endoprocedimentali che sul termine finale del provvedimento conclusivo.

Così rivoluzionata la scansione temporale della comunicazione d'avvio e dell'adozione del provvedimento finale (art. 2, l. 241), del preavviso di rigetto (art. 10-*bis*), della conferenza di servizi (art. 14), dei pareri (art. 16), degli acclaramenti tecnici (art. 17), delle autocertificazioni (art. 18) e del silenzio rigetto in materia di accesso (art. 25).

Il Dossier del Servizio Studi parlamentari del 21 marzo 2020, ha infatti chiarito che "L'ambito di applicazione riguarda tutti i procedimenti amministrativi, tanto quelli a istanza di parte, quanto quelli ad iniziativa d'ufficio"; in questo senso, la sospensione "si applica ai termini sia perentori (stabiliti dalla legge a pena di decadenza) che ordinatori (il cui mancato rispetto non caduca il potere di provvedere), nonché ai termini finali ed esecutivi come a quelli endoprocedimentali e preparatori: dunque non solo i termini stabiliti per la conclusione del procedimento (per i quali la legge n. 241 del 1990 stabilisce una disciplina generale), ma

altresì quelli relativi ad adempimenti posti a carico di soggetti privati o di altre amministrazioni il cui intervento è necessario nel corso del procedimento ai fini dell'adozione del provvedimento finale".

La sospensione dei termini procedurali - come anche esposto nella Relazione Illustrativa al decreto - evita la formazione di ritardi che, data la situazione emergenziale e la conseguente difficoltà di organizzazione dell'attività lavorativa, non sarebbero imputabili alla P.A. Essa, determinando una contrazione dell'attività amministrativa, concorre inoltre a ridurre le occasioni di contagio negli uffici e a frenare la diffusione dell'epidemia. Poiché il decreto legge è stato emanato quando l'emergenza sanitaria era già in corso, l'inizio della sospensione procedimentale è stato fatto coincidere con la data del 23.2.2020, d'insorgenza dell'epidemia in Italia. Se il legislatore non fosse intervenuto in via retroattiva sul decorso dei termini procedurali, avrebbe lasciato un vuoto normativo rispetto a situazioni di pericolo e di impossibilità di regolare funzionamento degli uffici già createsi per effetto della diffusione del contagio. La disposizione contiene dunque una misura precauzionale necessitata dall'emergenza epidemiologica in corso e proporzionata alla sua gravità. Al contempo, determinando un allungamento pur sempre contenuto dei procedimenti amministrativi e prevedendo che venga assicurata la celere conclusione di quelli urgenti, comprime in modo non irragionevole le esigenze di speditezza dell'attività amministrativa e le conseguenti istanze di tutela dei privati (in tal senso: TAR Calabria - Catanzaro, sez. II, 5 maggio 2020, n. 814).

Il legislatore unitamente alla sospensione ha previsto però che *"Le pubbliche amministrazioni adottano ogni misura organizzativa idonea ad assicurare comunque la ragionevole durata e la celere conclusione dei procedimenti, con priorità per quelli da considerare urgenti, anche sulla base di motivate istanze degli interessati"*.

In buona sostanza, il Legislatore da un lato blocca l'attività amministrativa mentre dall'altro sollecita la Pubblica Amministrazione a ripensare la propria organizzazione e le attività amministrative, in modo tale da *assicurare comunque la ragionevole durata e la celere conclusione dei procedimenti*, tutelando, nel periodo necessario a tale riorganizzazione, attraverso la mancata considerazione del periodo compreso tra il 23 febbraio 2020 ed il 15 maggio 2020, ai fini del calcolo di tutti i termini procedurali.

Computando il periodo di sospensione vengono dunque spostati in avanti i termini sui silenzi della pubblica amministrazione. Il silenzio assenso si verifica allo scadere del termine fissato dalla legge ovvero non computando il periodo se l'istanza è prodotta durante il periodo emergenziale; così come il silenzio inadempimento ed il silenzio rigetto. Conseguenze evidenti si verificano per richiedere il danno da ritardo e per l'indennizzo, quale forma di ristoro dipendente dall'attività ritardata della p.a.

L'art. 103 al comma secondo detta la disciplina per altra ampia categoria di provvedimenti amministrativi.

Tutti gli attestati, permessi, certificati, concessioni, autorizzazioni e atti abilitativi, nonché i termini di inizio e conclusione dei lavori nei permessi a costruire, in scadenza tra il 31 gennaio

ed il 31 luglio conservano la validità per i novanta giorni successivi alla dichiarazione di cessazione dello stato di emergenza.

Tale regola si applica anche alle segnalazioni certificate di inizio attività, le segnalazioni certificate di agibilità, nonché le autorizzazioni paesaggistiche e ambientali. Qui l'emergenza viene affrontata con un approccio regolamentare diverso giacché non c'è sospensione ma sostanziale proroga del termine.

Per il ritiro del permesso a costruire o titoli abilitativi il medesimo termine si applica fino alla dichiarazione di cessazione dello stato di emergenza. *Ergo* il termine non è dato sapere quando riprenderà a decorrere, in pregiudizio ai principi di certezza dei rapporti giuridici. Lo stesso discorso vale per le convenzioni di lottizzazione e per gli accordi e per i piani attuativi. Si tratta dell'individuazione del dies a quo di decorrenza della cessazione dello stato emergenziale, fissato al 31 luglio 2020.

I permessi di soggiorno sono invece prorogati *ex lege* fino al 31 agosto 2020.

I termini dei procedimenti disciplinari del personale delle p.a. sono sospesi fino al 15 maggio 2020. C'è complessità nell'individuazione delle soluzioni adottate.

Tutti i settori della pubblica amministrazione sono dunque rivoluzionati atteso che l'attività si svolge attraverso procedimenti amministrativi.

La norma citata non opera ad esempio un riferimento esplicito agli appalti ma è evidente che si applica anche alle procedure di gara.

Sono infatti arrivati chiarimenti in tal senso dall'Anac.

L'Anac, già con comunicato del Presidente Merloni del 4 marzo 2020, ha deliberato in ordine alla problematica della SOA stabilendo che sia necessario fornire un'indicazione relativa a tutti i contratti di attestazione interessati, aventi scadenza entro il 31 marzo 2020, ammettendo che, per tali contratti, la sospensione dell'istruttoria possa estendersi fino ad un massimo di 150 gg (centocinquanta giorni) in luogo dei 90 (novanta) previsti dall'art. 76, comma 3, del d.p.r. 207/2010.

Detta deroga potrà essere disposta per tutte le imprese che ne facciano richiesta, purché aventi sedi legali e operative, o che, ai fini della qualificazione, abbiano esibito dichiarazioni e documenti che devono essere sottoposti al vaglio di Amministrazioni pubbliche situate nelle regioni interessate.

Al ricorrere di quest'ultima ipotesi, competerà alle SOA valutare l'effettiva entità e rilevanza delle difficoltà prospettate dalla singola impresa, al fine di agire in deroga ai termini ordinari. Le SOA che riceveranno le richieste di usufruire dell'anzidetta deroga sui termini temporali di sospensione dell'istruttoria di qualificazione, dovranno trasmettere all'Autorità (entro il termine del 31 marzo 2020) l'elenco delle imprese richiedenti.

Ancora l'ANAC con delibera n. 312 del 9 aprile 2020 ha formulato delle indicazioni operative

per le stazioni appaltanti, le quali dovrebbero avviare soltanto le procedure di gare 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 si determinino per l'avvio delle procedure durante il periodo di sospensione, le stazioni appaltanti, nei documenti di gara, forniscono le indicazioni necessarie e utili per lo svolgimento in sicurezza sanitaria e cioè indicando che la disposizione normativa che sospende i termini procedurali debba essere citata nei bandi. Le stazioni appaltanti possono anche preventivamente acquisire la dichiarazione dei concorrenti di avvalersi o meno della sospensione dei termini, con la possibilità di concedere proroghe e/o differimenti ulteriori rispetto ai termini fissati dalla disciplina normativa per effetto della emergenza sanitaria.

Le stazioni appaltanti valutano la possibilità di svolgere le gare con modalità telematiche anche nel caso in cui tale previsione non fosse contenuta nel bando di gara, dandone previa adeguata comunicazione ai concorrenti mediante avviso pubblico e fatta salva l'esigenza di garantire, in ogni caso, la pubblicità e la trasparenza delle operazioni di gara.

Con le gare telematiche le stazioni appaltanti valutano di svolgere le sedute pubbliche a distanza, in video conferenza, con adeguate forme di pubblicità della decisione.

Negli stessi termini la giurisprudenza è orientata nel senso della non necessità, nell'ambito delle procedure telematiche, di sedute pubbliche per l'apertura delle offerte, in quanto la trasparenza è garantita dalla tracciabilità telematica delle offerte (Cons. Stato, III, 3 ottobre 2016, n. 4050; id., 25 novembre 2016, n. 4990), e l'orientamento trova riscontro a livello normativo, nell'art. 58 d.lgs. n. 50 del 2016 che non ha codificato alcuna fase pubblica per le procedure gestite in forma telematica (Cons. Stato, n. 3721/2018).

Invero nel periodo indicato sono stati pure differiti, per le gare in corso, i termini di presentazione delle offerte e la scadenza andrà posposta a data successiva al 15 maggio 2020.

Analoghe problematiche si pongono per le sedute riservate in quanto non è possibile neanche svolgere in sicurezza sanitaria le sedute riservate che presuppongono la presenza dei commissari di gara; tuttavia la soluzione è stabilita dal codice appalti che prevede all'art. 77 comma 2 la possibilità per la commissione di lavorare a distanza con procedure telematiche che salvaguardano la riservatezza delle comunicazioni, anche se non richiamata nei bandi, in virtù del principio di eterointegrazione attraverso le norme codicistiche deve essere applicata.

Il termine di sospensione si applica anche al termine massimo di 180 giorni previsto per la validità dell'offerta, con conseguenze – in ordine al recesso – per effetto della dilatazione della conclusione delle gare.

Quindi il problema è legato alla possibilità di rinunciare all'offerta a causa dell'emergenza sanitaria in corso senza incorrere in conseguenze economiche pregiudizievoli (es. incameramento polizza). L'emergenza covid-19 costituisce un'esimente generale che consente di rinunciare all'offerta? La dottrina ha risolto il problema richiamando l'art. 91 del

Decreto Cura Italia che esclude la responsabilità del debitore in caso di emergenza sanitaria da Covid-19.

La sospensione deve essere concessa anche all'ipotesi in cui sia previsto dal bando il sopralluogo con carattere di essenzialità per la predisposizione dell'offerta, con la possibilità di concedere proroghe.

La sospensione della procedura di gara nel periodo citato, comporta anche lo slittamento in avanti del termine per il configurarsi dell'ipotesi di silenzio assenso in caso di mancata espressa adozione di provvedimento di aggiudicazione e sul termine per la stipula del contratto (che vi rientra ex art. 32 cod. appalti) ed ancora per il c.d. *stand still* processuale e sui termini di impugnativa dinanzi al G.A e al G.O., anche per effetto della specifica disciplina sulla sospensione dei termini processuali, che sarà trattata dagli altri relatori.

L'emergenza sanitaria da Covid-19 è prevista dall'Anac come causa di forza maggiore che giustifica il ritardo nell'esecuzione delle prestazioni contrattuali, escludendo l'applicazione delle penali.

Con sospensione pure dei termini per la verifica da effettuare sui requisiti degli operatori economici e sul controllo sui contratti da parte della Corte dei Conti.

Insomma una vera e propria rivoluzione in tutti i settori che trova giustificazione nel periodo pandemico in corso e che fa il pari all'impatto a tutto tondo che questa esperienza ha avuto sulle vite di tutti noi.