



UNIVERSITÀ GIUSTINO FORTUNATO

D.M. 13 aprile 2006 - G.U. n° 104 del 6/05/2006 - TELEMATICA



REGIONE CAMPANIA
AZIENDA SANITARIA LOCALE BENEVENTO

Mail: area.provveditorato@aslbenevento.it

Pec: area.provveditorato@pec.aslbenevento.it

CORSO DI ALTA QUALIFICAZIONE SU:
"NUOVO CODICE DEGLI APPALTI"

TESI FINALE

**TITOLO: "LA DIGITALIZZAZIONE DEL CICLO DI VITA DEI
CONTRATTI PUBBLICI SECONDO LE PREVISIONI DEL CODICE
DEGLI APPALTI. OBIETTIVI DELLA NORMA E CRITICITA' DELLA
FASE REALIZZATIVA"**

BENEVENTO 05-03-2024

IL CANDIDATO

ROBERTO DE TOMA

IL RELATORE

PROF.AVV. ANDREA OREFICE

ABSTRACT

Il presente documento è un contributo di studio e di esperienza diretta nel settore degli appalti pubblici, acquisita dal candidato nel corso della sua attività lavorativa. L'obiettivo è quello di approfondire la tematica specifica, individuarne le principali criticità ed i risultati ottenibili a regime relativamente ad uno dei principali aspetti innovativi del nuovo codice degli appalti voluto dall'Europa nell'ambito degli obiettivi del PNRR. La digitalizzazione dei contratti pubblici avrà un forte impatto sull'organizzazione e la gestione della PA e, in generale, sul mercato degli operatori economici del settore. Dopo una sintetica premessa che racconta le origini e lo sviluppo della normativa sugli appalti pubblici, viene affrontata nel merito la profonda innovazione introdotta dal D.Leg.vo 36-2023 e le criticità che si sono manifestate a partire dall'entrata in vigore di gran parte del testo normativo (1-7-2023) e nella fase di avvio pieno della norma con la digitalizzazione dei contratti pubblici a decorrere dall'1-1-2024. Da ultimo un commento del candidato sulla portata della nuova normativa e sul futuro degli appalti pubblici.

INDICE DEGLI ARGOMENTI:

1 - Premessa	pag. 3
2 - Cenni sugli sviluppi della normativa di settore	pag. 4
3 - La digitalizzazione dei contratti pubblici	pag. 6
3.1 - L'introduzione alla digitalizzazione nel D.Leg.vo 50-2016	
3.2 - La digitalizzazione come risorsa per la PA e per gli O.E.	
3.3 - Le criticità che si sono manifestate nella fase introduttiva del nuovo ecosistema delle piattaforme digitali	
3.4 - I risultati attesi a regime	
Conclusioni	pag.15

1 - Premessa

La materia degli appalti pubblici è regolata da norme di natura pubblicistica e privatistica. A partire dalla definizione data dal codice civile in materia di appalti ovvero dall'art. 1655 e segg. *"L'appalto è il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro"*, viene introdotta la nozione di *"appalto"* data dalla contrattualistica pubblica. In essa il ruolo di committente è ricoperto da un soggetto pubblico.

La contrattualistica pubblica è di origine comunitaria e prevede che venga instaurato un rapporto contrattuale tra un soggetto privato ed un soggetto pubblico in cui la parte pubblica deve sostenere dei costi al fine di beneficiare di una controprestazione che può riguardare la consegna di beni, l'esecuzione di un servizio o l'esecuzione di lavori. Per addivenire alla stipulazione del contratto pubblico, come sopra precisato, occorrono due fasi. La prima fase – definita di evidenza pubblica – è soggetta a peculiari regole di natura pubblicistica ed a principi generali quali la trasparenza, parità di trattamento, imparzialità, libera concorrenza e non discriminazione stabiliti ab origine dalla normativa comunitaria di settore e riproposti dalla normativa nazionale. La seconda fase – definita privatistica – ha ad oggetto la stipulazione del contratto tra la PA ed il privato ed è soggetta alle norme di diritto privato. La distinzione in due fasi impatta sul riparto di giurisdizione tra il giudice amministrativo ed il giudice ordinario.

La fase pubblicistica ha inizio con la delibera/determina a contrarre nella quale si avvia il procedimento di gara con l'approvazione del relativo bando e di tutti gli allegati previsti dalla norma. Il termine della fase di natura pubblicistica è rappresentato dalla delibera di

aggiudicazione. La fase privatistica ha inizio dalla data di stipula del contratto. Tra le due fasi sussiste un periodo di "vacatio" c.d. *stand still* stabilito dall'art. 18 del D.Leg.vo 36/2023 che è una clausola che impone un termine dilatorio di 35 giorni per la stipula del contratto (*salvo determinate fattispecie indicate con precisione dalla norma*). Lo scopo dello *stand still* è quello di tutelare l'interesse del concorrente non aggiudicatario che intende impugnare l'aggiudicazione, consentendo il primo vaglio giudiziario del Giudice Amministrativo ai motivi del ricorso. Infatti ai sensi dell'art. 120 del codice del processo amministrativo sono soggetti al c.d. *rito appalti* ovvero al vaglio del giudice ordinario di legittimità davanti al giudice amministrativo, la complessiva attività svolta dalla PA finalizzata alla conclusione di contratti mediante atti di affidamento relativamente a lavori, servizi e forniture.

2 - Cenni sugli sviluppi della normativa di settore

Dalla definizione di appalto data nel precedente capitolo, si rileva che esso è lo strumento utilizzato dalla PA per acquisire beni, servizi e lavori. Ben prima dell'avvento delle politiche europee di integrazione, è del 1865 la prima legge sulle opere pubbliche (*Legge 20 marzo 1865, n. 2248*) e, successivamente, la normativa nazionale ha introdotto ulteriori riferimenti all'interno del Regio Decreto n. 2440 del 18/11/1923 (*Legge di contabilità dello Stato - regolamento attuativo - Decreto Regio 827/1924*). Attraverso questi primi provvedimenti normativi si è inteso garantire l'interesse pubblico nella scelta del miglior offerente. Negli anni '90 le normative europee hanno affinato quelle nazionali in materia con le Direttive 93/37/CEE (*appalti pubblici*), 92/50/CEE (*forniture di servizi pubblici*), 93/36/CEE (*forniture di beni al settore pubblico*), 90/53/CEE e 93/38/CEE (*settori esclusi - energia etc.*). Negli anni gli appalti non si sono soltanto distinti per tipologia (*beni, servizi e forniture*

n.d.r.) ma anche per l'importo ovvero per sopra-soglia (*intesa la soglia di natura comunitaria che si differenzia per le tre tipologie di appalti per fornitura di beni, servizi e forniture*) e sotto-soglia.

A queste prime regolamentazioni si sono aggiunte un gran numero di leggi e decreti che hanno frammentato la materia, ingenerando incertezze fra gli operatori interessati al settore appalti, a causa di un quadro normativo completamente disarticolato e soggetto a continui cambiamenti. Il legislatore, consapevole di questa situazione, ha avviato negli anni '90 un complesso lavoro di riforma, finalizzato a rifondare l'intero sistema legislativo, per ottenerne una normativa unitaria ed omogenea nel rispetto dei contenuti delle direttive comunitarie specifiche. Nasce, quindi, la legge quadro sui lavori pubblici, legge 109/1994, meglio conosciuta come "*legge Merloni*". Essa costituisce un complesso normativo organico chiamato "*ordinamento generale in materia di lavori pubblici*". Nello stesso periodo storico sono stati introdotti il D.Leg.vo 157/1995 relativo agli appalti dei servizi, il D.Leg.vo 358/1992 sulle forniture ed il D.Leg.vo 158/1995 sui settori speciali. Sono stati, successivamente, introdotti il d.p.r. 34/2000 relativo al sistema di qualificazione unico dei soggetti esecutori di lavori pubblici e il regolamento attuativo della legge sui lavori pubblici - d.p.r. 554/1999.

Nella fase di applicazione delle norme si sono riscontrate numerose difficoltà e sono state introdotte diverse modifiche al fine di garantire, nel contempo, gli interessi pubblici e privati fino ad allora contrapposti in maniera netta.

In questo contesto è intervenuto il Codice dei contratti pubblici adottato con il d.lgs. 11 aprile 2006, n. 163 ed, in attuazione dello stesso, il d.p.r. 207/2010. Esso ha raccolto in un unico testo normativo tutta la materia dei contratti pubblici. Il Codice ha recepito le direttive comunitarie 2004/18/CE (*appalti ordinari*) e

2004/17/CE (*settori esclusi*). Ha rappresentato, quindi, una importante innovazione del settore.

Successivamente è stato introdotto il decreto legislativo n. 50 del 2016 in recepimento delle direttive europee 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE. Esso ha attribuito all'ANAC la vigilanza ed il controllo sui contratti pubblici e l'attività di regolazione degli stessi anche al fine di prevenire e contrastare l'illegalità e la corruzione. L'ANAC attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, ed altri strumenti di regolazione flessibile, ha garantito efficienza e qualità all'azione amministrativa delle PA. Ha esercitato anche il potere di vigilanza e controllo sull'attività della PA con potere sanzionatorio.

Da ultimo è stato introdotto il D.Leg.vo 36-2023 entrato in vigore parzialmente in data 1-7-2023 e, per alcuni aspetti, in data 1-1-2024.

3 - La digitalizzazione dei contratti pubblici

La digitalizzazione dei contratti pubblici prevista dagli art. 25 e segg. del D.Leg.vo 36-2023, implica che tutte le fasi di vita di un contratto pubblico debbano essere rese in forma digitale. Pertanto a partire dalla Fase di Programmazione ed, a seguire, la Fase di Progettazione, la fase di Pubblicità, la Fase di Affidamento e, a da ultimo, la Fase di Esecuzione, devono essere digitalizzate mediante l'utilizzo di idonee Piattaforme Certificate Agid ed ANAC. Dette Piattaforme – *sia di natura pubblica che private* - si sono certificate entro il 31-12-2023 e possono essere utilizzate indifferentemente dalle PA per realizzare il Ciclo di Vita dei contratti pubblici.

Il principio cardine alla base della digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici è quello di inserire il dato "*una sola volta ed in sicurezza*". Questo significa che le piattaforme certificate devono essere digitalmente integrate ed interoperabili con la Piattaforma Digitale Nazionale Dati (PDND) che li conferisce nella Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici (BDNCP) che – *gestita da ANAC* –

raccoglie tutte le informazioni che pervengono da tutte le piattaforme certificate che fanno parte dell'ecosistema nazionale e le rendono disponibili per gli operatori economici e per gli operatori del settore. Le piattaforme possono certificarsi per tutte le Fasi del ciclo di vita come sopra specificato ma anche solo per alcune delle fasi. Questo perché ogni Fase trasferisce i dati nella BDNCP e rende funzionale e funzionante l'intero sistema del Ciclo di Vita dei Contratti Pubblici.

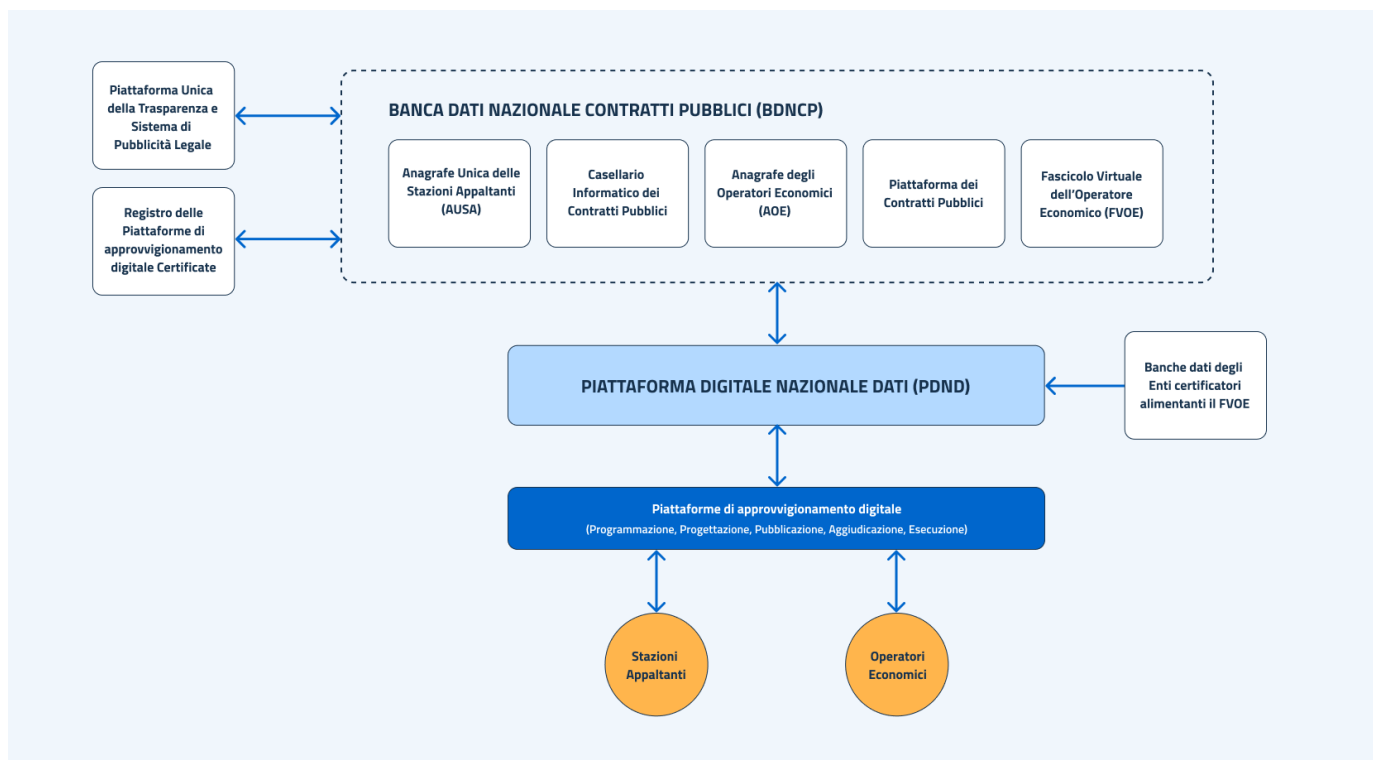
L'ANAC provvede, altresì alla: " *omissis ... pubblicità legale di bandi e avvisi relativi ai contratti pubblici in ambito europeo e in ambito nazionale. Per la pubblicità in ambito europeo, dal 1° gennaio 2024 l'ANAC diventa e-sender nazionale, ossia l'unico soggetto deputato a trasmettere bandi e avvisi all'Ufficio delle pubblicazioni dell'UE. Di conseguenza le stazioni appaltanti e gli enti concedenti non devono più provvedere autonomamente a tale trasmissione. Per la pubblicità in ambito nazionale, la Piattaforma per la pubblicità legale presso la BDNCP sostituisce la Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana, serie speciale relativa ai contratti pubblici. Di conseguenza, bandi e avvisi relativi a procedure avviate dopo il 1° gennaio 2024 sono pubblicati sulla Piattaforma per la pubblicità legale presso la BDNCP e i relativi effetti giuridici decorrono dalla data di pubblicazione su quest'ultima.... omissis*"(1).

Inoltre dall'1-1-2024 è attiva anche la piattaforma ANAC PCP (*Piattaforma dei Contratti Pubblici*) che interoperando con le piattaforme certificate rilascia i CIG (*Codice Identificativo Gara*) per l'espletamento delle procedure di gara. Le PA possono, altresì, verificare i requisiti degli operatori economici tramite il FVOE 2.0 per le fasi di aggiudicazione ed esecuzione. La digitalizzazione vuol semplificare e velocizzare le fasi del ciclo di vita dei contratti pubblici,

Nota (1): Testo tratto da ANAC: "Digitalizzazione dei Contratti Pubblici" pubblicato sul sito WEB dell'Autorità al link: <https://www.anticorruzione.it/-/digitalizzazione-contratti-pubblici>

migliorare la qualità e tempestività dei dati raccolti ed aumentare la trasparenza e la condivisione delle informazioni attuando il principio dell'unicità dell'invio e del luogo di prima pubblicazione nonché a garantire la sicurezza dei dati inseriti nelle Piattaforme Certificate e nella BDNCP dell'ANAC.

Si riporta, a titolo di esemplificazione, l'immagine a blocchi di sintesi:



(2)

3.1 – L'introduzione della digitalizzazione nel D.Leg.vo 50-2016

L'intenzione del legislatore di realizzare l'innovazione tecnologica necessaria alla digitalizzazione dei contratti pubblici, era già stata manifestata con il D.Leg.vo 50-2016 che prevedeva all'art. 44: *"Entro un anno dalla data di entrata in vigore del presente codice, ... Omissis ... , sentita l'Agenzia per l'Italia Digitale (AGID) nonché dell'Autorità garante della privacy per i profili di competenza, sono definite le modalità di digitalizzazione delle procedure di tutti i contratti pubblici,*

Nota (2): Grafico tratto da .it Developers Italia – Dipartimento della transizione digitale ed AGID – articolo: "Piattaforma dei contratti pubblici" pubblicato al link: <https://developers.italia.it/it/piattaforma-contratti-pubblici/>

anche attraverso l'interconnessione per interoperabilità dei dati delle pubbliche amministrazioni. Sono, altresì, definite le migliori pratiche riguardanti metodologie organizzative e di lavoro, metodologie di programmazione e pianificazione, riferite anche all'individuazione dei dati rilevanti, alla loro raccolta, gestione ed elaborazione, soluzioni informatiche, telematiche e tecnologiche di supporto".

La suddetta disposizione è stata, quindi, attivata con l'emanazione del D.P.C.M. 12/08/2021, n. 148, pubblicato nella G.U. del 26/10/2021, n. 256, che ha adottato il Regolamento che definisce le modalità di digitalizzazione delle procedure di affidamento disciplinate dal Codice dei contratti pubblici. Il Regolamento disciplina l'accesso digitale al sistema telematico e caratterizza i profili, le comunicazioni e scambi di informazioni in modalità digitale, l'allineamento temporale, la tracciabilità, la gestione digitale e conservazione della documentazione di gara, l'accesso agli atti di gara, la sicurezza informatica e protezione dei dati personali, la continuità operativa, *disaster recovery* ed i pagamenti telematici. Inoltre, con riferimento alla gestione digitale delle procedure di acquisto e negoziazione, il Regolamento interviene in materia di acquisizione del codice identificativo della gara, redazione e acquisizione della determina a contrarre, redazione e pubblicazione del bando e degli atti di gara, partecipazione alla procedura di gara, composizione della commissione giudicatrice, modalità telematica di svolgimento dell'attività della commissione giudicatrice, sedute pubbliche, apertura e verifica della documentazione amministrativa, verifica dei requisiti di partecipazione, apertura e valutazione delle offerte tecniche ed economiche, valutazione delle eventuali offerte anormalmente basse, formazione della graduatoria di gara, aggiudicazione, avvisi successivi all'aggiudicazione, acquisizione del contratto, migliori pratiche. Le regole tecniche per la definizione delle modalità di digitalizzazione sono rimandate ad apposite linee guida dell'Agenzia per l'Italia digitale (AgID). Inoltre l'art. 40 del Codice degli

Appalti (*D. Lgs. 50/2016*), ha previsto l'obbligo di utilizzare le gare telematiche per le PA recependo direttamente le previsioni dell'articolo 22 della Direttiva 2014/24/UE a partire dal 18-10-2018.

In sostanza, quindi, il legislatore ha obbligato la PA all'utilizzo delle piattaforme pubbliche e private per l'espletamento delle gare telematiche con decorrenza 18-10-2018. In realtà l'obiettivo più ampio previsto dal citato art. 44 non è stato raggiunto per il notevole ritardo con il quale è stato pubblicato nel 2021 il regolamento sopra citato. Pertanto la PA si è trovata nella condizione di applicare molto parzialmente la digitalizzazione dei contratti pubblici che è rimasta confinata alla sola fase di affidamento nell'intero periodo di vigenza del codice 50-2016. Questa esperienza è, però, stata molto utile per:

- Eliminare il ricorso alle gare manuali rendendo decisamente più trasparente e semplice l'operato della PA;
- Indurre le piattaforme pubbliche e private ad adeguarsi al DPCM e, quindi, ad essere pronte alla successiva certificazione avvenuta con l'entrata in vigore degli artt. dal 22 e seguenti del D.Leg.vo 36-2023 ovvero entro il 31-12-2023;
- Ridurre al minimo la discrezionalità ed i tempi di espletamento delle procedure di gara della PA
- Abituare le stesse PA ad un approccio più tecnologico e meno "tradizionale" all'espletamento delle procedure di gara rendendo, così più semplice l'attuale transizione definitiva al digitale dell'intero ciclo di vita dei contratti pubblici.

In sostanza volendo rappresentare con una immagine lo stato dell'arte della digitalizzazione dei contratti pubblici ad ottobre 2018, la PA aveva gli elementi per realizzare un puzzle ma i vari pezzi si presentavano totalmente mischiati e la PA doveva iniziare a comporre il puzzle senza però avere una immagine finale da costruire. In sostanza mancava il lavoro di riorganizzazione ed omogeneizzazione dell'ecosistema

nazionale digitale che è stato, finalmente, realizzato col D.Leg.vo 36-2023.



3.2 – La digitalizzazione come risorsa per la PA e per gli operatori economici

Si è già detto in merito a quali sono state le recenti attività di ANAC in applicazione del nuovo codice degli appalti e delle prodromiche attività svolte dallo Stato in vigore del D.Leg.vo 50-2016. Da operatore del settore per conto di una PA, si ritiene opportuno sottolineare l'aspetto fortemente innovativo della norma rispetto al passato. L'attività di digitalizzazione dei contratti pubblici consente di realizzare un sistema totalmente trasparente che va incontro alle esigenze dell'operatore economico, del mercato, della stessa PA in quanto semplifica notevolmente le attività a farsi per la realizzazione di un contratto pubblico. Val la pena sottolineare che mentre nel passato per poter realizzare un contratto pubblico era necessario:

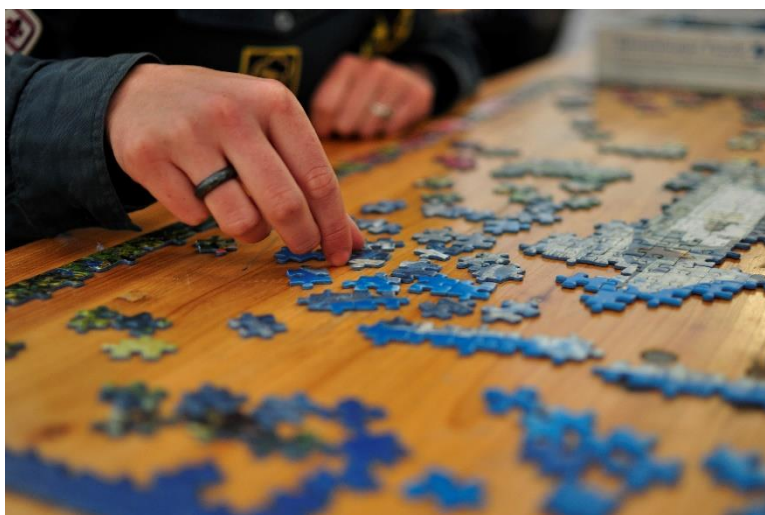
- Inserire una molteplicità di dati in diverse banche dati nazionali e regionali e, spesso, i dati erano gli stessi ed andavano ripetuti gli inserimenti in quanto le suddette banche dati non erano integrate tra loro e non erano interoperabili e, quindi, non si "parlavano" tra loro costringendo gli operatori ad una attività lunga e poco efficiente;

- Ricevere dati ed informazioni con sistemi non sicuri dal punto di vista informatico e digitale (*e-mail, posta ordinaria* etc)

Oggi sarà possibile:

- Rispettare il principio di proporzionalità e di economicità dell'attività della PA per realizzare il ciclo di vita di un contratto pubblico;
- Assicurare un "*disaster recovery*" e, più in generale, la sicurezza del dato informatico che verrà conservato in cloud e, comunque, in sistemi che danno la massima sicurezza digitale in quanto le piattaforme che li accolgono sono certificate da Agid;
- Far rientrare il processo di digitalizzazione dei contratti pubblici in quello più ampio della digitalizzazione complessiva della PA che nel campo sanitario – *ad esempio* – comporta la realizzazione dell'FSE (*Fascicolo Sanitario Elettronico*), la Telemedicina, la Televisita etc.

In sostanza tornando all'esempio del puzzle, oggi la PA sta componendo i pezzi avendo a disposizione l'immagine definitiva da costruire.



3.3 – Le criticità che si sono manifestate nella fase introduttiva del nuovo ecosistema delle piattaforme digitali

Per quanto sopra rappresentato, la PA si trova in una vera e propria rivoluzione organizzativa e culturale e, quindi, come avviene sempre in queste situazioni, si sono manifestate in questi primi 2 mesi di avvio notevoli criticità che hanno comportato un rallentamento e, per circa 15 giorni, un totale blocco delle attività della PA. I principali problemi che si sono manifestati sono stati i seguenti:

- Blocco dell'emissione dei CIG (*Codice Identificativo Gara*) da parte di ANAC su SIMOG dovuto, probabilmente, ad un intasamento del sistema nazionale per le migliaia di richieste contestuali provenienti dalle PA italiane;
- Mancato funzionamento di alcune piattaforme certificate. In particolare ci si riferisce alla piattaforma SIAPS di SoReSa della Regione Campania dovuto, probabilmente, all'adeguamento dei sistemi alle regole di certificazione che, nonostante dovessero essere completate entro il 31-12-2023, hanno richiesto ulteriore lavoro da parte delle software house;
- Poca chiarezza in ordine alla possibilità di acquisire i CIG per importi minori di 5.000 euro. Questa situazione ha indotto ANAC a consentirne l'acquisizione diretta su PCP fino al prossimo Ottobre. Al momento detta acquisizione risulta tuttora difficile;
- Incertezza generale sul da farsi in assenza di indicazioni dell'ANAC rispetto alle difficoltà di cui sopra.

Al momento le principali criticità sono in corso di soluzione.

A parere dello scrivente, attesa la portata storica dei cambiamenti in corso, sarebbe stato preferibile far funzionare per un breve periodo il sistema precedente unitamente, ovvero in parallelo, al nuovo sistema digitale per evitare i disservizi di cui sopra. La scelta di affrontare "ex abrupto" il cambiamento ha costretto, però, tutte le istituzioni competenti a risolvere le problematiche nel minor tempo possibile.

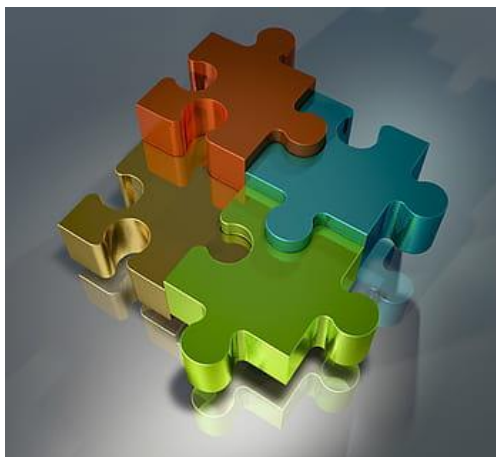
Tornando nuovamente all'immagine del puzzle la situazione attuale è quasi quella dell'immagine che segue:



3.4 – I risultati attesi a regime

Superato il periodo transitorio attuale, si ritiene che, a regime, sarà pienamente realizzata la digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici e si realizzerà, pertanto, un altro importante tassello della digitalizzazione dei servizi dello Stato.

L'attività lavorativa degli operatori della PA sarà, pertanto, caratterizzata da efficienza ed efficacia nel rispetto dei principi di economicità e trasparenza. Il mercato della PA che, già oggi, ammonta a circa 3 miliardi di euro (*dato BDNCP*) sarà trasparente ed accessibile, come non mai, a tutti gli operatori economici nel pieno rispetto dei principi europei di trasparenza, parità di trattamento, imparzialità, libera concorrenza e non discriminazione accrescendo la fiducia degli stessi nei confronti della PA. Il puzzle sarà finalmente completato:



4 – Conclusioni

A conclusione del presente documento, si vuol rappresentare, da operatore del settore appalti dal lontano 1990, che i cambiamenti da quando le gare venivano svolte con buste chiuse con ceralacca controfirmata sui lembi, con carte e cartoni che riempivano interi depositi, con commissioni di gara che erano costrette ad aprire buste e leggere centinaia di documenti per ogni singola gara, sono stati davvero notevoli. Il cambiamento è avvenuto molto lentamente nel tempo e solo dal 2018 ad oggi, c'è stata una decisa inversione di tendenza che ha portato ad una digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici che, a regime, rappresenterà la vera pietra miliare della riorganizzazione dello Stato italiano secondo le indicazioni dell'Unione Europea. La PA potrà, pertanto, essere efficiente ed efficace nel rispetto del principio di economicità della gestione che è obiettivo di qualsiasi Azienda.