

I principi generali e la digitalizzazione all'interno del nuovo Codice dei contratti pubblici

22 giugno 2023



relatore

Avv. Niccolò Travia

Programma

1. Introduzione
2. I principi generali
3. La digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti
4. Conclusioni



Introduzione



Principio del risultato

deriva direttamente dal principio del buon andamento di cui all'art. 97 Cost., assume valore preminente quale "principio guida prioritario" nella materia dei contratti pubblici



Logica della semplificazione

l'amministrazione non è responsabile solo della legittimità dei propri atti e provvedimenti, ma anche dei risultati raggiunti, valutati in termini di efficienza ed economicità



"Digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti"

appare anch'essa ispirata al principio del risultato e alla logica della semplificazione, consentendo la riduzione e la certezza dei tempi relativi alle procedure di gara (lett. m e lett. t della legge delega 21 giugno 2022, n. 78)

La codificazione dei principi generali: obiettivi



enfasi su libertà di iniziativa e auto-responsabilità delle SA



valorizzate autonomia e discrezionalità



Concorrenza

strumento per realizzare al meglio l'obiettivo dell'aggiudicazione ed esecuzione in funzione del preminente interesse della committenza e della collettività



Iniziativa

incoraggiare i poteri di iniziativa delle SA per contrastare il fenomeno della cd. "burocrazia difensiva", che può generare ritardi o inefficienze nell'affidamento e nell'esecuzione dei contratti



La codificazione dei principi generali: funzione

I principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato vengono espressamente richiamati come criteri di interpretazione e applicazione delle altre norme del Codice (art. 4)

Principio del risultato

- ⇒ Massima tempestività e miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo per affidamento del contratto e sua esecuzione
- ★ Concorrenza e trasparenza sono tutelati non come fine, ma come mezzo in vista del raggiungimento del risultato
- ✓ Trasparenza funzionale ad assicurare la piena verificabilità della corretta applicazione delle regole del Codice
- 🔗 Riferimento espresso alla “verificabilità” evoca il concetto di accountability,
- 👍 Ottica di crescente efficienza e responsabilizzazione della p.a.
- ⚡ Criterio prioritario per
 1. esercizio del potere discrezionale
 2. individuazione della regola del caso concreto



Principio della fiducia

- 📝 superamento della “burocrazia difensiva” e della “paura della firma”
- ⚖️ colpa grave ricorre esclusivamente in caso di violazione di norme di diritto, auto-vincoli amministrativi, regole di prudenza, perizia e diligenza
- 🏛️ Non costituisce mai colpa grave la violazione o l’omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti
- 🤝 versione evoluta del principio di presunzione di legittimità dell’azione amministrativa



Principio dell'accesso al mercato

- 🕒 Rispetto dei principi di correttezza, imparzialità e non discriminazione, pubblicità e trasparenza, proporzionalità
- 👤 Correttezza si ricollega al principio di tutela dell'affidamento
- 👥 Imparzialità e non discriminazione: assicurare la parità di trattamento fra gli operatori economici
- 📄 Pubblicità e trasparenza impongono alle stazioni appaltanti di rendere quanto più visibile e controllabile dall'esterno il proprio operato
- 👏 Proporzionalità: adottare la soluzione che comporti il minor sacrificio possibile di tutti gli interessi, pubblici e privati, coinvolti



Principi di buona fede e di tutela dell'affidamento

- 🏛️ Recepti i principi sulla tutela dell'affidamento incolpevole enunciati dall'Adunanza Plenaria con le sentenze n. 5 del 2018 e nn. 19 e 20 del 2021
- ★ Reciprocità tra SA e Operatori economici
- ⚖️ Escluso il carattere incolpevole dell'affidamento se l'illegittimità del provvedimento è agevolmente rilevabile con la diligenza professionale richiesta ai concorrenti
- € Il danno risarcibile è correlato al c.d. interesse negativo, ossia ai pregiudizi effettivamente subiti e provati, collegati all'interferenza del comportamento sulle scelte contrattuali dell'operatore economico
- ↔ L'amministrazione condannata al risarcimento del danno a favore del terzo illegittimamente pretermesso ha diritto di rivalsa nei confronti dell'operatore economico che sia risultato aggiudicatario sulla base di una condotta illecita



Principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale. Rapporti con gli ETS

- La p.a. può apprestare modelli organizzativi di amministrazione condivisa con gli enti del Terzo settore per l'affidamento dei servizi sociali di interesse generale
- Amministrazione condivisa - fondamento costituzionale: art. 118, comma 4, Cost. (sussidiarietà orizzontale) e art. 2 Cost. (doveri di solidarietà sociale)
- Modello fondato sulla collaborazione tra amministrazioni e privati in mancanza di un rapporto sinallagmatico che preveda uno scambio di prestazioni
- Enti affidatari dei servizi scelti nel rispetto dei principi di non discriminazione, trasparenza ed effettività - organizzazioni o associazioni che abbiano l'obiettivo di svolgere funzioni sociali e che non abbiano finalità commerciali






Principio di auto-organizzazione amministrativa

- Previsto il ricorso a tre modelli organizzativi posti sullo stesso piano: a) auto-produzione; b) esternalizzazione; c) cooperazione con altre pubbliche amministrazioni
- Superamento dell'atteggiamento fortemente restrittivo nei confronti dell'*in house*, sebbene la scelta di ricorrervi debba sempre essere motivata
- In caso di prestazioni strumentali, l'affidamento *in house* si intende sufficientemente motivato qualora l'amministrazione dia conto dei vantaggi in termini di economicità, celerità e perseguimento degli interessi strategici.



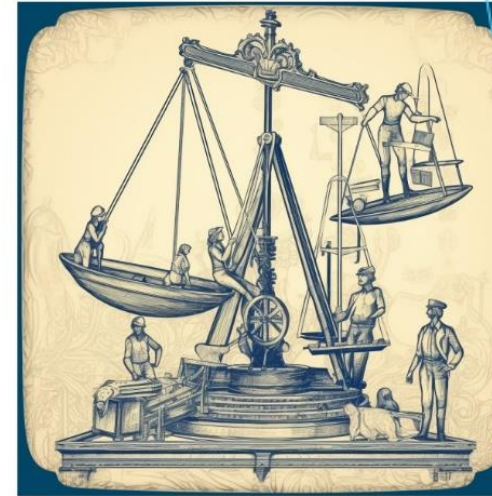
Principio di autonomia contrattuale. Divieto di prestazioni d'opera intellettuale a titolo gratuito

-  Nell'ambito della generale ammissibilità dei contratti gratuiti con la p.a., è previsto il divieto di prestazione gratuita dell'attività professionale, salvi casi eccezionali e previa adeguata motivazione (la regola è, invece, quella dell'equo compenso)
-  Si introduce una disciplina relativa alle donazioni, attraverso cui vengono regolamentati gli atti di mecenatismo che incrementano il patrimonio del soggetto pubblico, spesso sotto il profilo storico, culturale e artistico
-  L'amministrazione ha la capacità giuridica di ricevere per atto di liberalità, purché l'acquisizione del bene o della prestazione sia conforme all'interesse pubblico






Principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale

- ⚖️ Diritto alla rinegoziazione, con esclusiva finalità di ripristinare l'originario equilibrio del contratto, senza però alterare il quadro economico dell'intervento
- ⚡ Sopravvenienze: se incidono sull'utilità o utilizzabilità della prestazione, in parte o temporaneamente, la parte creditrice ha diritto alla proporzionale riduzione del prezzo secondo le regole dell'impossibilità sopravvenuta parziale del contratto
- 📄 Clausole di revisione prezzi obbligatorie. Clausole di rinegoziazione, se la durata del contratto o il contesto economico lo rendano opportuno



Principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione

-  Le cause di esclusione di cui agli artt. 94 e 95 del Codice sono tassative e integrano di diritto i bandi e le lettere di invito (eterointegrazione)
-  Le clausole che prevedano cause ulteriori di esclusione rispetto a quelle definite dal Codice sono nulle e si considerano non apposte
-  Le stazioni appaltanti possono introdurre requisiti di partecipazione speciali di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale, favorendo l'accesso al mercato e la possibilità di crescita delle PMI compatibilmente con l'oggetto del contratto e con l'esigenza di realizzare economie di scala funzionali alla riduzione della spesa pubblica



La digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti

- I principi alla base della digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici sono stati indicati dalla Commissione europea:
- **Digitale by default:** la p.a. fornisce servizi digitali come opzione preferita
- **«Once only»:** le stesse informazioni sono fornite alla p.a. una sola volta
- **Inclusività e accessibilità:** la p.a. progetta servizi pubblici digitali inclusivi e che vadano incontro alle diverse esigenze delle persone
- **Apertura e trasparenza:** gli organismi pubblici si scambiano le informazioni e i dati e permettono a cittadini e imprese di accedere ai propri dati
- **Transfrontaliero by default:** la p.a. rende disponibili i servizi pubblici digitali a livello transfrontaliero, facilitando la mobilità all'interno del mercato unico
- **Interoperabile by default:** i servizi pubblici sono progettati in modo da funzionare in tutto il mercato unico

Principi e diritti digitali

- Sono richiamati i principi fondamentali che consentiranno di dare attuazione al diritto di cittadinanza digitale: neutralità tecnologica, trasparenza, sicurezza informatica e protezione dei dati personali
- Tutti i procedimenti amministrativi connessi all'intero ciclo di vita dei contratti pubblici saranno svolti digitalmente mediante le piattaforme e i servizi digitali infrastrutturali delle stazioni appaltanti
- I soggetti titolari di banche dati dovranno consentire automaticamente l'accesso digitale alle informazioni disponibili, mediante tecnologie di interoperabilità dei sistemi informativi
- Le stazioni appaltanti, gli enti concedenti e gli operatori economici dovranno adottare misure tecniche e organizzative a presidio della sicurezza informatica e della protezione dei dati personali

Principi in materia di trasparenza

- Ai fini dell'attuazione del principio di trasparenza nella materia dei contratti pubblici, si rimanda al d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, che prevede lo strumento dell'accesso civico generalizzato, che consente a tutti di avere contezza degli atti amministrativi senza che sia richiesta alcuna legittimazione
- La pubblicazione dei dati viene effettuata nella sezione “Amministrazione trasparente” dei siti istituzionali delle amministrazioni, allo scopo di informare i cittadini sulle procedure di gara bandite, la tipologia di opere, servizi e forniture oggetto delle procedure e i costi degli affidamenti
- Le comunicazioni e l'interscambio di dati per le finalità di conoscenza e di trasparenza avvengono nel rispetto del principio di unicità del luogo di pubblicazione e dell'invio delle informazioni: ciò al fine di assicurare una semplificazione degli adempimenti in capo alle amministrazioni

Ciclo di vita digitale dei contratti pubblici

- Tutte le fasi del ciclo di vita digitale dei contratti pubblici (programmazione, progettazione, pubblicazione, affidamento ed esecuzione del contratto) devono essere conoscibili e riconducibili a un numero identificativo iniziale assegnato alla singola procedura, avviata con il Codice Unico di Progetto (CUP) e il Codice Identificativo di gara (CIG)
- Tutte le attività svolte nell'ambito dell'intero ciclo di vita dei contratti devono essere espletate mediante l'utilizzo di piattaforme e servizi interoperabili, perché solo così si consente la produzione di dati e lo scambio degli stessi tra banche dati

Ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale (*e-procurement*)

- L'Ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale (*e-procurement*) è costituito dall'insieme delle piattaforme e dei servizi digitali che interessano l'intero ciclo di vita dei contratti pubblici
- Sono individuate le attività che saranno realizzate digitalmente attraverso le piattaforme: redazione di documenti nativamente digitali, pubblicazione e trasmissione dei dati e documenti alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici istituita presso l'ANAC ai sensi dell'art. 23 del Codice, accesso elettronico alla documentazione, presentazione delle offerte
- È prescritta l'interoperabilità delle piattaforme con il Fascicolo virtuale dell'operatore economico di cui all'art. 24 del Codice, per ciò che attiene alle verifiche relative al possesso dei requisiti per la partecipazione alle gare

Banca dati nazionale dei contratti pubblici

- La Banca dati nazionale dei contratti pubblici, di cui è titolare in via esclusiva l'ANAC, è l'infrastruttura tecnologica portante dell'Ecosistema nazionale di *e-procurement*
- Essa, infatti, ai sensi dell'art. 62 bis del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (CAD), assicura «l'efficacia, la trasparenza e il controllo in tempo reale dell'azione amministrativa per l'allocatione della spesa pubblica in lavori, servizi e forniture, anche al fine del rispetto della legalità e del corretto agire della pubblica amministrazione e per prevenire fenomeni di corruzione»
- L'obiettivo è quello di realizzare un “Portale unico per gli appalti”. Infatti, nella Banca dati nazionale dei contratti pubblici confluiscono tutte le informazioni contenute nelle banche dati esistenti
- È prevista la possibilità di irrogare sanzioni a carico dei soggetti che omettano di trasmettere informazioni alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici, mettendo a rischio l'interoperabilità delle banche dati

Fascicolo virtuale dell'operatore economico

- Il Fascicolo virtuale dell'operatore economico (FVOE) è istituito presso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici; in esso sono presenti, per ciascun operatore economico, i dati e le informazioni per la verifica da parte delle stazioni appaltanti dei requisiti generali e speciali per partecipare alle gare
- Le amministrazioni competenti al rilascio delle certificazioni relative al possesso dei requisiti dovranno garantire alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici la disponibilità, in tempo reale, delle certificazioni in formato digitale
- L'ANAC garantisce l'accessibilità al FVOE alle stazioni appaltanti, agli operatori economici e agli organismi di attestazione, limitatamente ai dati di rispettiva competenza
- L'ANAC può predisporre l'elenco degli operatori economici già accertati e le modalità per l'utilizzo degli accertamenti già effettuati

Piattaforme di approvvigionamento digitale

- Le piattaforme digitali di *e-procurement* costituiscono l'insieme dei servizi e dei sistemi informatici, interconnessi e interoperanti, utilizzati dalle stazioni appaltanti per svolgere una o più fasi delle procedure di gara
- Le piattaforme digitali di *e-procurement* dovranno interoperare con la Banca dati nazionale dei contratti pubblici
- Le piattaforme di approvvigionamento digitale non possono alterare la parità di accesso degli operatori economici, né impedire o limitare la partecipazione alla procedura di gara degli stessi ovvero distorcere la concorrenza, né modificare l'oggetto dell'appalto
- Le piattaforme di *e-procurement* dovranno assicurare la partecipazione degli operatori alle gare anche in caso di loro malfunzionamento, pure temporaneo
- La stazione appaltante non dotata di una propria piattaforma digitale dovrà avvalersi delle piattaforme messe a disposizione da altre stazioni appaltanti

Regole tecniche

- L'AGID, d'intesa con ANAC e Presidenza del Consiglio dei ministri, ha previsto:
Requisiti generali - la piattaforma digitale deve aver ottenuto il rilascio del Certificato AGID ed essere presente nell'apposito registro tenuto dall'ANAC
- **Requisiti funzionali generali** - la piattaforma deve consentire l'accesso digitale degli utenti, associare un profilo applicativo alle singole utenze riferibili alle stazioni appaltanti, agli operatori economici e ai gestori della piattaforma, gestire un registro di sistema e le comunicazioni digitali
- **Requisiti funzionali specifici** - la piattaforma deve garantire la redazione o acquisizione degli atti in formato nativo digitale, l'accesso elettronico alla documentazione di gara, la presentazione del DGUE in formato digitale, fornire agli operatori economici schemi e moduli per la presentazione dell'offerta, predisporre le informazioni necessarie per l'apertura e la conservazione del fascicolo di gara in modalità digitale
- **Requisiti di interoperabilità** - la piattaforma deve essere conforme al modello di interoperabilità delle pubbliche amministrazioni

Publicità legale degli atti

- La pubblicità legale degli atti è garantita dalla Banca dati nazionale dei contratti pubblici, mediante la trasmissione dei dati all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea e la loro pubblicazione successivamente al ricevimento della conferma di pubblicazione da parte dell'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea
- Gli effetti giuridici degli atti oggetto di pubblicazione decorrono dalla data di pubblicazione nella Banca dati nazionale dei contratti pubblici; attraverso l'interoperabilità di quest'ultima con le altre banche dati della pubblica amministrazione sarà garantita la disponibilità tempestiva di tutti i dati acquisiti
- La documentazione di gara è resa costantemente disponibile attraverso le piattaforme digitali e i siti istituzionali delle stazioni appaltanti, nonché costantemente accessibile attraverso il collegamento con la Banca dati nazionale dei contratti pubblici

Trasparenza dei contratti pubblici

- Le stazioni appaltanti trasmettono tempestivamente alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici, tramite piattaforma digitale, le informazioni e i dati relativi alle procedure di gara
- All'esito dell'invio dei dati sarà pubblicato, nella sezione "Amministrazione trasparente" del sito istituzionale della stazione appaltante, il collegamento ipertestuale alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici
- Sono pubblicati nella sezione "Amministrazione trasparente" anche la composizione della commissione giudicatrice e i curricula dei suoi componenti, nonché i resoconti della gestione finanziaria dei contratti al termine della loro esecuzione
- L'ANAC assicura la tempestiva pubblicazione nella Banca dati nazionale dei contratti pubblici dei dati ricevuti e la periodica pubblicazione degli stessi in formato aperto

Uso di procedure automatizzate nel ciclo di vita dei contratti pubblici

- La lettera t) della legge delega 21 giugno 2022, n. 78, ammette l'utilizzo di procedure automatizzate nella valutazione delle offerte
- Le stazioni appaltanti introducono, negli atti di indizione delle gare, clausole volte ad assicurare l'assistenza e la manutenzione necessarie alla correzione degli errori e degli effetti indesiderati derivanti dall'automazione
- Ogni operatore ha diritto a conoscere l'esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardino e a ricevere informazioni sulla logica utilizzata
- Il processo decisionale non va lasciato interamente all'algoritmo, dovendosi assicurare il contributo umano per controllare, validare o smentire la decisione automatica
- La decisione algoritmica non deve causare discriminazioni tra gli operatori
- Le pp.aa. pubblicano nella sezione "Amministrazione trasparente" del sito istituzionale l'elenco delle soluzioni tecnologiche utilizzate

Anagrafe degli operatori economici partecipanti agli appalti

- L'Anagrafe degli operatori economici istituita presso l'ANAC censirà gli operatori economici a qualunque titolo coinvolti nei contratti pubblici, nonché i soggetti, le persone fisiche e i titolari di cariche ad essi riferibili
- L'Anagrafe si avvale delle informazioni presenti nel Registro delle imprese
- L'Anagrafe assume valore certificativo per i ruoli e le cariche rivestiti dalle persone fisiche riferibili agli operatori economici coinvolti nei contratti pubblici, non risultanti dal Registro delle imprese
- I dati dell'Anagrafe saranno resi disponibili a tutti i soggetti operanti nell'ambito dell'Ecosistema nazionale di *e-procurement*, attraverso le piattaforme digitali

Accesso agli atti e riservatezza

- Le stazioni appaltanti assicurano l'accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici in modalità digitale
- Tutti i cittadini possono richiedere la documentazione di gara mediante accesso civico generalizzato (nei limiti di cui all'art. 5-*bis* d.lgs. n. 33/2013). L'accesso civico generalizzato si applica infatti a tutte le fasi dei contratti pubblici (Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 10/2020)
- Il diritto di accesso alla documentazione di gara è differito fino all'aggiudicazione, con riguardo alle domande e ai requisiti di partecipazione, nonché ai verbali relativi alla fase di ammissione dei candidati e offerenti, alla valutazione delle offerte e alla fase di verifica dell'anomalia dell'offerta
- Il diritto di accesso può essere escluso in relazione alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta che costituiscano segreti tecnici o commerciali, a meno che l'accesso non risulti indispensabile per la difesa in giudizio degli interessi del concorrente

Norme procedurali e processuali in tema di accesso

- L'offerta dell'aggiudicatario, i verbali di gara e gli atti presupposti sono resi disponibili, mediante piattaforma digitale, a tutti i candidati e offerenti non definitivamente esclusi al momento della comunicazione dell'aggiudicazione
- All'aggiudicatario e ai 4 operatori collocatisi successivamente in graduatoria sono rese reciprocamente disponibili anche le offerte dagli stessi presentate
- Le stazioni appaltanti danno atto anche delle decisioni assunte su eventuali richieste di oscuramento di parti delle offerte, contenenti informazioni che costituiscano segreti tecnici o commerciali
- Le decisioni assunte sulle eventuali richieste di oscuramento possono essere impugnate con ricorso proposto secondo il rito dell'accesso (art. 116 c.p.a.)
- L'ostensione delle parti dell'offerta di cui è stato richiesto l'oscuramento non è comunque consentita prima del decorso dei termini per adire il G.A.
- L'ANAC potrà irrogare una sanzione pecuniaria qualora vi siano reiterati rigetti di istanze di oscuramento

Grazie dell'attenzione

studio@lorenzoni.org