

Tavolo 1

Il nuovo codice degli appalti

Giuseppe Imbergamo

Indice

1. Scenario	3
1.1 Le caratteristiche principali del nuovo Codice dei contratti pubblici.....	3
1.2. La digitalizzazione quale strumento e obiettivo di sistema	5
1.3. Nuove prospettive della digitalizzazione: il BIM nella fase di esecuzione.....	6
1.4. Le questioni interpretative ancora aperte	7
1.5. La digitalizzazione nell'ambito dell'accesso agli atti.....	8
2. Attori	13
2.1 Il RUP come Project Manager	14
2.2 Gli incentivi alle funzioni tecniche.....	14
2.3 La centralità della formazione	15
2.4 Oltre l'assistenza al RUP: la vigilanza collaborativa ANAC	17
2.5 La qualificazione in fase di esecuzione delle Stazioni Appaltanti	17
3. Strumenti	19
3.1 Il partenariato per l'innovazione.....	19
3.2. Il dialogo competitivo.....	20
4. Prospettive	23
4.1 L'utilizzo della digitalizzazione nel campo dell'arte: criticità.	23
4.2 L'utilizzo della digitalizzazione nel campo dell'arte: potenzialità.	24
4.3 La digitalizzazione quale strumento di tutela del patrimonio culturale: il progetto "Swords"	26
5. Conclusioni	28

1. Scenario

A circa un anno dall'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici (di cui al D.Lgs. n. 36/2023) è possibile svolgere una prima analisi di questo intervento normativo.

Una codificazione certamente *sui generis*, in quanto intervenuta a sostituire l'impianto normativo previgente, a soli 7 anni dall'adozione del precedente provvedimento (il D.Lgs. n. 50/2016), in una situazione di invarianza delle Direttive europee del 2014.

In realtà, a ben vedere, la riforma del Codice dei contratti pubblici attiene ad una specifica esigenza – anche europea – di dotare il “Sistema Paese” di uno strumento in grado di superare le difficoltà riscontrate nel periodo pandemico e di crisi economica degli ultimi anni.

Più nello specifico, la decretazione d'urgenza, intervenuta dal 2020 in poi per sorreggere la domanda pubblica, aveva già da tempo derubricato la codificazione del 2016 ad una normativa desueta e incapace di soddisfare le esigenze di celerità e certezza nella soddisfazione del fabbisogno delle Stazioni Appaltanti.

In questo contesto, appare senz'altro utile ricordare che la riforma del Codice dei contratti pubblici è essa stessa una misura del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (di seguito “PNRR”), all'interno della Missione 1, rubricata “*Digitalizzazione, innovazione, competitività e cultura*”.

Anzi, se vogliamo, la riforma è tra gli obiettivi essenziali del PNRR e si poggia su quattro esigenze specifiche: la semplificazione e la limitazione del *goldplating*; l'accelerazione delle procedure; la digitalizzazione delle procedure e la interoperabilità delle piattaforme dati; la tutela dei lavoratori e delle imprese.

Il tutto senza modificare gli istituti, già cristallizzati dalle Direttive europee e dunque non mutabili nei loro aspetti essenziali.

Da qui la consapevolezza che la riforma degli appalti è stata dunque dettata da una forte esigenza di mutamento dell'approccio alla materia.

Il BIM in fase di esecuzione

1.1 Le caratteristiche principali del nuovo Codice dei contratti pubblici

Il primo elemento di discontinuità è dato dal modello prescelto. Il nuovo Codice opera una profonda rottura con il precedente sistema, caratterizzato dalla sussistenza di plurime fonti di regolazione (regolamenti ministeriali, linee guida ANAC, normativa emergenziale).

Il Codice del 2023 è infatti esaustivo e autonomo: si compone di 229 disposizioni e di 36 allegati. In particolare, la presenza degli allegati cancella le esperienze del passato, caratterizzate dall'adozione successiva di un *corpus* di norme regolamentari poste a dettaglio e completamento della normativa primaria.

Il secondo elemento di novità di carattere sostanziale riguarda la semplificazione del procedimento di scelta del contraente.

Un primo dato importante è di tipo puramente lessicale. Il Codice è stato pensato innanzitutto per non essere frainteso. Al riguardo, noto l'apporto e lo sforzo operato dai Giudici

Amministrativi, meno noto è l'ausilio richiesto e ottenuto da altri esperti – come un accademico della Crusca e due tecnici di *drafting* normativo – per meglio definire il contenuto precettivo degli articoli.

Un secondo elemento portante è costituito da una duplice “anima” del testo normativo: infatti, accanto alle norme prettamente impositive, esiste un'ampia gamma di situazioni in cui il Legislatore ha demandato alla discrezionalità del personale delle Stazioni Appaltanti la scelta di individuare la regola del caso specifico.

Un terzo fattore di semplificazione è dato dalla scelta di collocare i principi fondamentali della materia ad inizio del Codice, sfruttando un sistema piramidale tipico delle carte costituzionali.

Alla base di tutta la legislazione sulla contrattualistica pubblica si ergono i principi del risultato e il principio della fiducia, assolutamente innovativi, oltre che la confermata tutela della concorrenza.

Tuttavia, è opportuno rilevare che nel nuovo Codice la concorrenza assume un ruolo strumentale rispetto al risultato, il quale, per effetto del collegamento con il principio del buon andamento di cui all'art. 97 della Costituzione e con quelli di efficienza ed economicità acquista valore costituzionale e rappresenta l'elemento teleologico primario a cui tende la disciplina della contrattualistica pubblica.

Il nuovo Codice, quindi, benché emanato sulla base delle stesse direttive del precedente, ha operato una “demitizzazione” della concorrenza”, la quale, da “fine da perseguire ad ogni costo”, diviene ora un mezzo funzionale al raggiungimento del risultato della “realizzazione delle opere pubbliche e [del]la realizzazione dell'interesse della collettività”, superando la visione “pan-concorrenziale”, che ha caratterizzato la disciplina della contrattualistica pubblica a partire già dal Codice del 2006.

Con il principio del risultato si impone un concetto di una PA efficiente, composta da veri e propri *Project Manager* (i RUP) in grado di programmare, progettare, affidare ed eseguire le commesse necessarie per soddisfare i fabbisogni pubblici sotto la stessa polare della velocità dell'azione amministrativa.

Il principio della fiducia riscrive il rapporto tra pubblico e privato, connaturato da sempre da una sfiducia evidente rispetto ai possibili comportamenti corruttivi o concussivi; non si tratta solo del superamento della c.d. “paura della firma”, quanto di una vera e propria inversione culturale nelle logiche di confronto tra gli amministratori e le imprese, facilitate da strumenti innovativi, rapidi e sicuri, in grado di soddisfare le esigenze delle parti.

In questo contesto, lo strumento cardine per realizzare tutti gli obiettivi del Codice si può riassumere con una sola parola: digitalizzazione.

Posto che le nuove regole sono di fatto operative dal primo luglio 2023, data in cui hanno acquistato efficacia al netto del pacchetto digitalizzazione, efficace dal primo gennaio 2024, ciò che riduce in modo importante l'ambito temporale rispetto al quale formulare giudizi definitivi, la prima domanda da porsi è se l'importante mutamento di approccio alla materia che tale intervento voleva perseguire – giacché laddove di questo si dubitasse l'azione intrapresa perderebbe di qualsiasi significato – abbia prodotto, o meno, i risultati auspicati.

1.2. La digitalizzazione quale strumento e obiettivo di sistema

Come accennato, tra i risultati palesemente attesi, vi è il definitivo riallineamento del quadro legislativo alla prospettiva comunitaria, restituendo centralità alla discrezionalità amministrativa al fine di rendere realmente efficace ed efficiente l'azione della mano pubblica nella realizzazione degli investimenti di cui il Paese, oltreché l'Europa di cui è parte, ha bisogno, nonché il superamento del problema della cosiddetta *amministrazione difensiva*, detto anche blocco della firma; in tale ottica, rilievo decisivo lo assume il tema della digitalizzazione in grado di coniugare discrezionalità e trasparenza, oltreché efficienza ed efficacia dell'azione pubblica.

In tal senso, sono molteplici gli aspetti digitali che sono al centro del cambiamento del *procurement*.

Innanzitutto, la digitalizzazione non riguarda più soltanto la fase di affidamento, ma rappresenta un obiettivo per tutte le fasi e gli adempimenti connessi all'approvvigionamento delle commesse pubbliche.

Ad esempio, sul fronte della fase progettuale ed esecutiva, un'importante conquista la avremo con l'operatività del *BIM (Building Information Modeling)*, dal primo gennaio 2025 obbligatoria per tutti i contratti di lavori di importo superiore al milione di euro. In particolare, attraverso il BIM si ritiene possibile una significativa riduzione dei tempi e costi di realizzazione assicurando la qualità dell'esecuzione e la migliore successiva gestione degli *asset*.

La digitalizzazione offre, peraltro, uno strumento formidabile per ridurre i tempi di definizione delle procedure, e diviene elemento necessario per la standardizzazione dei processi decisionali, anche mediante l'elaborazione di informazioni secondo standard comuni, che viaggiano all'interno di un sistema interoperabile, e che sono governati dal principio del cd. "*once only*".

In questo contesto, l'utilizzo dei *big data* consente di aggregare o atomizzare gli affidamenti nazionali in pochi passi, dando un utilissimo strumento di analisi e verifica della *performance* delle P.A., al fine di assumere decisioni più efficienti.

Emblematico in tal senso è il potenziato ruolo della Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici (BDNCP), istituita presso l'ANAC, ovvero sia il luogo in cui confluiscono tutte le informazioni legate alle attività e i procedimenti amministrativi connessi al ciclo di vita dei contratti pubblici; i dati e le informazioni devono essere resi fruibili in formato aperto e i titolari di banche dati devono adottare misure necessarie per assicurare l'accessibilità automatica a tali informazioni, salvo i limiti del diritto di accesso e della tutela della *privacy*.

Grazie a questo portale è possibile accedere a tutti i dati e le informazioni relative all'intero ciclo di vita del contratto, dalla programmazione all'esecuzione, in quanto la Banca dati dialoga costantemente con le piattaforme digitali di approvvigionamento, diventando così un importantissimo strumento per adempiere anche agli obblighi di pubblicità previsti dal decreto legislativo n. 33/2013.

1.3. Nuove prospettive della digitalizzazione: il BIM nella fase di esecuzione

Come anticipato nel paragrafo precedente, un'importante novità introdotta dal nuovo Codice è senz'altro costituita dal BIM che, come descritto dalla **UNI EN ISO 19650**, consente la cd. "gestione informativa", ossia un sistema che include lo scambio, la registrazione, l'aggiornamento e l'organizzazione delle informazioni sulla costruzione per tutti gli attori, durante l'intero ciclo di vita di un cespite immobile, compresa la pianificazione strategica, la progettazione iniziale, l'ingegnerizzazione, lo sviluppo, la predisposizione della documentazione per gli affidamenti e la costruzione, il funzionamento operativo quotidiano, la manutenzione, la ristrutturazione, la riparazione e la fine del ciclo di vita.

Il BIM trova disciplina generale all'art. 43 del Codice, il quale rimanda all'Allegato I.9, per la regolamentazione di dettaglio in tema di progettazione digitale. In particolare, l'Allegato I.9 non pone soltanto i requisiti tecnici delle piattaforme informatiche utilizzabili e della loro interoperabilità, ma anche le misure organizzative e di formazione del personale che le Stazioni Appaltanti dovranno adottare al fine di rendere effettiva la possibilità di operare sulla base di un progetto interamente digitalizzato.

Ciò che è interessante evidenziare è che le PA dovranno ottemperare alle richieste di requisiti dell'Allegato I.9, che prevedono svariate figure specializzate all'interno degli uffici pubblici, e segnatamente: i) almeno un gestore dell'ambiente di condivisione dei dati (ACDat manager); ii) almeno un gestore dei processi digitali supportati da modelli informativi (BIM manager); iii) un coordinatore dei flussi informativi (BIM coordinator) all'interno della struttura di supporto al RUP per ogni intervento.

Simili competenze vengono richieste al *team* di progettisti (art. 41), ai direttori dei lavori, o quantomeno ad una figura all'interno dell'ufficio di direzione lavori (art. 114), al collaudatore (art. 116) ed alle imprese appaltatrici, che dovranno intervenire anch'esse sulla modellazione informativa. Peraltro, a queste ultime si assegna anche l'onere di occuparsi dell'aggiornamento della modellazione informativa "*dell'opera realizzata per la successiva gestione del ciclo di vita del cespite immobiliare o infrastrutturale*", compito estremamente complesso e oneroso, che allo stato attuale non prevede specifica remunerazione.

La metodologia di gestione in esame dovrebbe assicurare sia la riduzione della complessità dei procedimenti, sia il contenimento delle tempistiche, nella realizzazione e nella gestione delle opere e dei servizi connessi, con sensibili vantaggi per tutti i soggetti interessati.

Tuttavia, a fronte di una così nuova e pregnante metodologia, si rende necessario ripensare le macchine amministrative, gli apparati organizzativi e il fabbisogno del personale correlato, prevedendo nuove figure e/o riqualificando quelle tecniche esistenti, soprattutto nell'ambito di enti locali di piccole dimensioni che, come noto, difettano di personale tecnico specialistico.

Alla luce di quanto sopra è logico desumere che gli enti di modeste dimensioni organizzative potrebbero riscontrare delle criticità, tant'è vero che sul punto si è espresso il Consiglio di Stato nella Relazione illustrativa al nuovo Codice, il quale ha precisato che "*L'intervento in*

argomento ... determinerà un più intenso ricorso alla delega, con sottoscrizione di accordi e convenzioni con le amministrazioni pubbliche meno qualificate e strutturate”.

1.4. Le questioni interpretative ancora aperte

Lo sforzo operato dalla Commissione speciale per traguardare i tempi di adozione del nuovo Codice dei contratti rispetto alle *milestone* di cui alla relativa Misura PNRR risulta ad oggi più che proficuo.

Anche la riforma della qualificazione delle Stazioni Appaltanti ha dato prova di un'ordinata gestione dei dati, ed oggi è possibile finalmente avere piena contezza delle strutture e dei livelli a disposizione delle singole Amministrazioni procedenti.

Il cambio culturale è dunque in atto, e molto sino ad oggi è stato fatto per portare avanti le direttrici di questo nuovo percorso.

Tuttavia, in via del tutto fisiologica, non mancano le proposte di modifica di alcune parti del testo normativo che ad oggi hanno creato questioni interpretative ancora non sopite o risolte.

Di seguito, senza alcuna pretesa di essere esaustivi, si citeranno solo alcune delle questioni giuridiche che devono essere considerate ancora aperte, o comunque meritevoli di una riflessione da parte del Legislatore.

A) Equo compenso

La prima questione che si sente di citare è quella che riguarda l'applicabilità agli affidamenti degli incarichi tecnici, quali progettazioni, direzione lavori ecc. della legge n. 49 del 2023 in materia di equo compenso delle prestazioni professionali.

Sul punto, a fronte di un richiamo a tale principio rinvenibile al comma 2 dell'articolo 8 del Codice, dove peraltro si ipotizza anche il caso, seppur eccezionale, dell'incarico gratuito, tre diverse letture attualmente si affacciano sul fronte interpretativo: l'inapplicabilità della legge al Codice dei contratti pubblici; la non ribassabilità dell'importo degli incarichi posto a base degli affidamenti, quotato applicando sempre la tariffa professionale; la negoziabilità dei soli compensi riguardanti spese generali e oneri accessori; letture non sempre coincidenti tra ANAC e giurisdizioni amministrative, peraltro fin qui ferme al primo grado di giudizio. In tal senso, si auspica un intervento centrale che possa in qualche modo definire le regole di condotta a cui devono conformarsi tutte le Stazioni Appaltanti, essendo necessario applicare in modo uguale le condizioni di partecipazione dei professionisti al mercato dei servizi intellettuali a tariffa regolata, nonché definire la possibilità o meno di ottenere economie dagli affidamenti dei servizi di ingegneria e architettura.

B) Utilizzo delle procedure ordinarie per contratti con importi contenuti

Altro tema dibattuto riguarda l'applicabilità delle procedure ordinarie nei contratti d'importo più contenuto – 1 milione di euro per i lavori e 221 mila per forniture e servizi – che, in continuità rispetto alle scelte già operate dai provvedimenti di semplificazione finalizzati a favorire la ripresa post pandemica dispongono l'utilizzo di quelle negoziate senza bando e gli affidamenti diretti.

Al riguardo, mentre il testo del Codice, per come licenziato, sembra andare verso il segno della semplificazione e del minore aggravio per l'Amministrazione, si riscontrano posizioni che auspicano l'utilizzo delle procedure ordinarie per ogni tipo di affidamento, in considerazione della tutela del mercato e della più ampia concorrenza.

C) La quantificazione della manodopera nel Nuovo Codice Appalti

Altro tema alquanto dibattuto, soprattutto all'interno delle aule dei Tribunali Amministrativi riguarda la possibilità, da parte dell'operatore economico, di determinare in maniera diversa dalla quantificazione operata dall'Amministrazione appaltante il costo della manodopera, il cui importo, secondo la legge delega e lo stesso Codice, deve essere scorporato dalla base d'asta su cui formulare il ribasso di gara, così come da tempo avviene per la sicurezza.

In altri termini, ci si è chiesto se i modelli di offerta economica devono essere predisposti dalla Stazione Appaltante con l'indicazione del costo della manodopera "bloccato" o, al contrario, se è possibile indicare anche una voce diversa, e quindi ribassabile, con obbligo però di dimostrare che il contenimento dei costi derivi dall'efficienza aziendale, e non da un trattamento salariale inadeguato.

A ciò si accompagna la possibilità di utilizzare, sempre da parte dell'operatore economico, un contratto collettivo nazionale di lavoro diverso, ancorché a parità di tutele, rispetto a quello prescelto dalla Stazione Appaltante.

Al momento in cui si scrive, le indicazioni interpretative sembrano favorevoli ad entrambe le posizioni, anche attraverso una lettura costituzionalmente orientata della norma codicistica (art. 41 D.Lgs. n. 36/2023).

All'atto pratico, resta comunque evidente l'esigenza di una maggiore chiarezza del testo normativo, onde evitare che indicazioni difformi operate dalle Stazioni Appaltanti, in uno con gli errori di caricamento compiuti dagli operatori economici, possano arrecare rallentamenti rispetto alle tempistiche di chiusura delle procedure di affidamento.

1.5. La digitalizzazione nell'ambito dell'accesso agli atti.

Istituto fondamentale del diritto amministrativo generale ed essenziale strumento di trasparenza e democraticità dell'agire pubblico, già ai sensi della legge n. 241/1990 (artt. 22 e ss.), l'accesso agli atti ha da sempre assunto un centrale rilievo nell'ambito delle procedure di affidamento dei contratti pubblici.

Come anche sottolineato nella Relazione al nuovo Codice di cui al D.Lgs. n.36/2023, infatti, la conoscenza- auspicabilmente integrale e tempestiva - della documentazione di gara dei concorrenti e di quella formata dalla Stazione Appaltante nella gestione delle singole procedure, è indispensabile per comprendere se siano stati rispettati i principi basilari e generali dell'evidenza pubblica (*in primis*, la *par condicio* dei partecipanti e la concorrenza), nonché le regole che presidiano il legittimo affidamento delle commesse pubbliche, anche a tutela dell'interesse (pubblico) alla loro regolare esecuzione.

In tal senso, è evidente che l'accesso agli atti rappresenta uno strumento essenziale per la concreta ed effettiva trasparenza e democraticità dell'agire pubblico.

L'importanza dell'istituto era stata già tracciata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, che con la decisione n. 10/2020 ha precisato che *“rappresenta il fondamento della democrazia amministrativa in uno stato di diritto, assicurando anche il buon funzionamento della Pubblica Amministrazione attraverso l'intelligibilità dei processi decisionali e l'assenza di corruzione”*.

Ciò ha giustificato una cospicua giurisprudenza su questioni di massima riguardanti l'accesso ai documenti amministrativi e all'emanazione del D.Lgs. 14 Marzo 2013 n. 33 che ha introdotto una nuova forma di accesso civico ai dati e documenti pubblici, agli articoli 5 e 5-bis, rafforzato, pochi anni dopo, dal D.Lgs. 25 maggio 2016, n. 97.

Nonostante l'entrata in vigore della suddetta legge, tuttavia, si è registrata, anche a distanza di anni, una certa ritrosia nel dare applicazione alla legge e una tendenza a considerare l'accesso come intrusione nella sfera di competenza, da limitare il più possibile.

Anche per tali motivi il Legislatore ha ritenuto di riconsiderare l'istituto, disciplinato in modo del tutto innovativo dal nuovo Codice dei contratti pubblici di cui al D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36 agli artt. 35 e 36.

A) Profili sostanziali

L'art. 35, rubricato *“accesso agli atti e riservatezza”*, pone la disciplina sostanziale dell'istituto, mentre l'art. 36, rubricato *“norme procedurali e processuali in tema di accesso”*, la disciplina procedurale e processuale.

Entrambi gli articoli sono contenuti nella sezione del Codice dedicata alla digitalizzazione (Libro I, Parte II) e sono divenuti efficaci dal 1° gennaio 2024, in contemporanea alle altre disposizioni del Codice in tema di digitalizzazione.

Il nuovo Codice ha introdotto un sistema di pubblicità degli atti capace di velocizzare la conoscenza e le eventuali impugnazioni degli stessi mediante l'utilizzo della nuova piattaforma di *e-procurement* di cui all'art. 25.

In base al principio di digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici, le attività e i procedimenti amministrativi connessi all'intero ciclo di vita dei contratti sono svolti digitalmente mediante le piattaforme e i servizi digitali infrastrutturali delle Stazioni Appaltanti, le quali sono tenute a garantire l'esercizio dei diritti di cittadinanza digitale.

L'obiettivo è quello della pubblicizzazione integrale della gara pubblica e l'eradicazione definitiva di tutto il contenzioso sviluppatosi negli ultimi anni sulla, spesso strumentale, difesa del c.d. *know how* industriale e commerciale.

Il primo comma dell'art. 35, inoltre, rimanda alle disposizioni in tema di c.d. accesso documentale (art. 22 e seguenti della L. n. 241/1990) e alle disposizioni in tema di accesso c.d. civico, contenute agli artt. 5 e 5-bis del D.Lgs. 14 marzo 2013, n. 33 cui *supra* si è già fatto riferimento.

La novità è data dalla positivizzazione del riconoscimento per tutti i cittadini della possibilità di richiedere, attraverso l'istituto dell'accesso civico generalizzato, la documentazione di gara nei limiti posti dall'art 5-bis del D.Lgs. n. 33/2013.

Un elemento innovativo della nuova disciplina sull'accesso è dato dalla espressa previsione del differimento *“fino all'aggiudicazione”* anche nel caso di accesso alla documentazione della fase c.d. amministrativa di verifica dei requisiti di ammissione e ai relativi verbali.

Il comma 3 dell'art. 35 ricorda e precisa che fino alla conclusione delle fasi o alla scadenza dei termini, di cui al comma 2, gli atti, i dati e le informazioni non possono essere resi accessibili o conoscibili pena la violazione dell'articolo 326 del Codice penale, rubricato *“Rilevazione ed utilizzazione di segreti d'ufficio”*.

I commi 4 e 5 dell'art. 35 dispongono la disciplina dei c.d. oscuramenti individuando in casi in cui, nel bilanciamento di interessi tra diritto di accesso e tutela della riservatezza, viene favorita la seconda e le relative eccezioni, fatta salva, sempre, la disciplina prevista per i contratti secretati e per quelli la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza.

In tale contesto si inserisce anche l'oscuramento dell'offerta, nonché dei suoi eventuali giustificativi. Si tratta di informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali.

Tuttavia, il comma 5 dell'art. 35 consente *“l'accesso al concorrente, se indispensabile ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi giuridici rappresentati in relazione alla procedura di gara”*, recuperando la prevalenza del diritto costituzionale di difesa rispetto alla protezione dei dati commerciali.

B) Profili procedimentali e processuali

Le novità più rilevanti sono certamente contenute nell'art. 36 del nuovo Codice dei contratti pubblici: la norma stabilisce che, decorsi i termini per il differimento dell'accesso, le Stazioni Appaltanti debbano pubblicare sulla piattaforma di *e-procurement* l'offerta aggiudicataria e gli atti presupposti all'aggiudicazione, visibili a tutti i partecipanti non definitivamente esclusi, nonché le offerte dei successivi quattro operatori, visibili solo a quest'ultimi e all'aggiudicataria.

Nella comunicazione di aggiudicazione, la Stazione Appaltante o l'Ente concedente dà anche atto delle decisioni assunte sulle eventuali richieste di oscuramento delle offerte, ai sensi dell'art. 35, comma 4, lett. a).

Tali decisioni sono impugnabili ai sensi dell'art. 116 del D.Lgs. 2 luglio 2010 n. 104 mediante ricorso notificato e depositato entro dieci giorni dalla comunicazione digitale della aggiudicazione, ai sensi dell'art. 90 del Codice dei contratti pubblici.

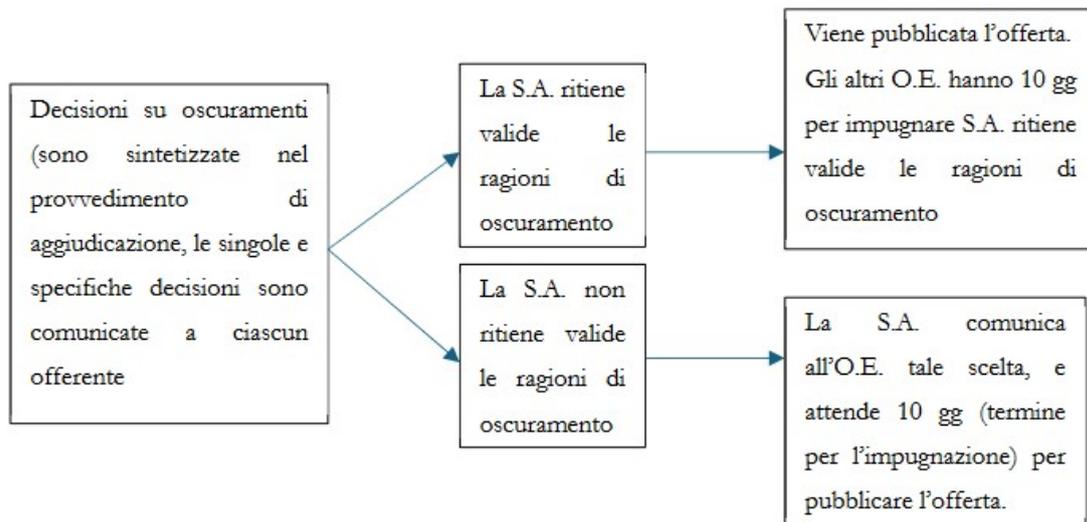
Le parti intime possono costituirsi entro dieci giorni dal perfezionamento nei propri confronti della notifica del ricorso.

Dalla lettura della norma, si evince chiaramente che aggiudicazione e comunicazione sulle decisioni in merito all'oscuramento sono contestuali.

Pertanto, laddove l'Ente nulla abbia da dire in merito all'oscuramento, pubblicherà l'offerta secondo le richieste del relativo Operatore economico, e spetterà agli altri offerenti eventualmente impugnare la decisione per vedersi riconosciuto dal Giudice Amministrativo il diritto alla presa visione della documentazione non ostesa.

Viceversa, nel caso in cui la Stazione Appaltante non condivida le indicazioni fornite dall'Operatore economico, provvederà a comunicare tale scelta all'offerente che avrà 10 gg di tempo per presentare ricorso.

Il tutto secondo lo schema riassuntivo di seguito riportato.



Il comma 7 reca disposizioni processuali accelerate e speciali riguardo al ricorso proposto ai sensi dell'art 36, comma 4 del nuovo Codice; sono previsti, infatti, termini di fissazione dell'udienza in camera di consiglio pari alla metà di quelli di cui all'art. 55 del D.Lgs. n. 104 del 2010 (prima camera di consiglio successiva al ventesimo giorno dal perfezionamento, anche per il destinatario dell'ultima notificazione e, altresì, decimo giorno dal deposito del ricorso).

La sentenza deve essere scritta in forma semplificata e dev'essere pubblicata nei cinque giorni successivi all'udienza di discussione.

La motivazione può consistere anche in un mero richiamo delle argomentazioni contenute negli scritti delle parti che il giudice ha inteso accogliere e fare proprie.

Per tutelare le ragioni del partecipante alla gara che ha formulato espressa richiesta di oscuramento, se la Stazione Appaltante o l'ente concedente ritenga insussistenti le ragioni di segretezza indicate dall'offerente, ai sensi dell'articolo 35, comma 4, lettera a), l'ostensione delle parti dell'offerta di cui è stato richiesto l'oscuramento non è consentita prima del decorso del termine di impugnazione di cui *supra* (dieci giorni dalla comunicazione digitale della aggiudicazione).

Al fine di scongiurare la pratica abbastanza diffusa tra gli operatori economici di indicare come segrete parti delle offerte senza che sussistano reali ragioni, la Stazione Appaltante o l'ente concedente che non condivide le ragioni di segretezza può inoltrare segnalazione all'ANAC, la quale può irrogare una sanzione pecuniaria, ai sensi e nei limiti dell'art. 222 comma 9 del Codice.

Ferma restando la limitata giurisprudenza sul tema *de quo*, anche in considerazione del ridotto contenzioso e della novella legislativa, occorre tener presente e considerare un'importante ordinanza collegiale del Giudice Amministrativo, T.A.R. per la Regione Calabria - Catanzaro, n. 416 del 18.03.2024, nella quale viene posta in evidenza l'esigenza di fornire, contestualmente

alla comunicazione di aggiudicazione, anche le decisioni assunte dalla Stazione Appaltante in tema di limitazioni all'accesso relative alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscono segreti tecnici e commerciali.

Il Giudice Amministrativo, nel caso di cui all'ordinanza in commento, non ha accolto l'eccezione di tardività ex art. 116, comma 2 del CPA, sollevata dalla controinteressata, con riferimento al termine dettato dall'art. 36, comma 4, in quanto la comunicazione di aggiudicazione emessa dalla Stazione Appaltante risultava carente proprio riguardo le decisioni assunte dalla stessa in tema di limitazioni all'accesso in relazione alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscono segreti tecnici e commerciali.

La comunicazione di aggiudicazione, dunque, era inidonea a determinare il decorso e l'operatività del termine di dieci giorni di cui all'art. 36, comma 4 del Codice dei contratti pubblici.

Parimenti, si registra un'altra recentissima pronuncia (T.A.R. Liguria, ordinanza 26 luglio 2024, n. 544, non appellata) in cui il Collegio giudicante ha invece dichiarato come tardivo il ricorso presentato da un operatore economico contro la decisione di una Stazione Appaltante rispetto all'oscuramento dell'offerta e dei suoi giustificativi, essendo il ricorso stato depositato oltre il termine decadenziale di 10 giorni.

Precludendo qualsiasi possibilità difensiva successiva.

Orbene, che la questione sia altamente delicata e di non semplice soluzione se ne è avveduto il T.A.R. Lombardia – Milano, con la sentenza n. 2520 del 30 settembre 2024: *“Quindi, in conclusione, si deve ritenere che nel caso in cui la Stazione Appaltante, in violazione del disposto di cui all'art. 36, commi 1 e 2, del D. Lgs. n. 36 del 2023, ometta, integralmente o parzialmente, di mettere a disposizione dei primi cinque concorrenti classificati le offerte degli altri quattro concorrenti e la restante documentazione di gara, deve applicarsi l'ordinario procedimento di accesso agli atti, disciplinato dalla legge n. 241 del 1990, e la disciplina processuale ricavabile dall'art. 116 cod. proc. amm. (senza deroghe), non essendo applicabili le previsioni contenute nel rito super speciale di cui all'art. 36, commi 4 e 7, del D. Lgs. n. 36 del 2023. Non può sottacersi che tale conclusione determina delle gravi distonie nella materia dell'accesso agli atti alle procedure di gara, con rischi di legati all'efficienza e alla durata delle predette procedure di appalto e alla uniformità di trattamento tra i concorrenti, che magari potrebbero essere costretti ad avviare azioni diverse, pur a fronte di identiche situazioni (la tempestiva comunicazione del diniego dell'ostensione dell'offerta tecnica per ragioni di riservatezza soltanto a una parte dei primi cinque classificati comporta il rischio di trovarsi al cospetto di differenti procedimenti di accesso nell'ambito della medesima gara, a seconda del concorrente considerato, oppure addirittura con riguardo a un singolo partecipante potrebbe determinarsi la necessità di azionare due procedimenti differenti, ove le offerte siano in parte ostese con omissioni e in parte del tutto omesse in fase di comunicazione). Tuttavia soltanto in sede legislativa può essere posto un rimedio a tale regime che risulta poco organico e per certi aspetti anche lacunoso, spettando all'interprete l'esclusivo compito di applicare la normativa allo stato vigente”.*

Di certo, occorrerà verificare l'andamento di questo rito “super-accelerato”, entrato in vigore solamente il 1° gennaio 2024, per poter definire se la sua previsione abbia giovato alla

trasparenza così come voluto dal Legislatore della riforma del 2023 o se sia necessario un intervento correttivo atto a definire contorni più omogenei al fine di non frustrare gli interessi difensionali e al contempo garantire la celerità dell'azione amministrativa.

2. Attori

Una figura centrale nel nuovo assetto normativo è rappresentata dal Responsabile Unico del Progetto (RUP) al quale viene affidata la responsabilità dell'intero progetto, dalla fase di programmazione alla fase di esecuzione. Tale figura, in parte, va a sostituire un'altra figura, presente nella contrattualistica pubblica dall'adozione della Legge Merloni: il Responsabile unico del procedimento.

Per pura coincidenza, sottolinea la relazione che accompagna il nuovo Codice dei contratti pubblici, la scelta consente di mantenere l'acronimo RUP, peraltro come tale utilizzato nell'intero articolato.

Come accennato, la figura del responsabile del procedimento non scompare del tutto, ma perde il carattere di unitarietà che ne ha costituito da sempre la cifra distintiva, e diviene una figura eventuale all'interno del progetto. In tal senso, il responsabile di procedimento mantiene, a questo punto, competenza limitata alle singole fasi dell'intero processo realizzativo attraverso le quali passa un progetto, un servizio o l'acquisto di uno o più beni, confermate nelle tradizionali quattro: programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione. Dette fasi, ai fini che qui rilevano, vengono peraltro accorpate in due categorie: quella dell'affidamento, tipicamente amministrativa, tenuta distinta dalle altre di natura tecnica, *in primis* la progettazione e l'esecuzione.

Nel senso sintetizzato dispone l'articolo 15 del Codice che, unitamente all'Allegato I.2, ridisegnano la disciplina base della figura.

Il comma 1 dell'art. 15, infatti, prevede, testualmente che *“nel primo atto di avvio dell'intervento pubblico da realizzare mediante un contratto le Stazioni Appaltanti e gli enti concedenti nominano nell'interesse proprio o di altre amministrazioni un responsabile unico del progetto (RUP) per le fasi di programmazione, progettazione, affidamento e per l'esecuzione di ciascuna procedura soggetta al codice”*.

Il successivo comma 4 aggiunge che *“ferma restando l'unicità del RUP e se il RUP lo richiede, le Stazioni Appaltanti e gli enti concedenti, ciascuno secondo il proprio ordinamento, nominano un responsabile di procedimento per le fasi di programmazione, progettazione ed esecuzione e un responsabile di procedimento per la fase di affidamento. Le relative responsabilità sono ripartite in base ai compiti svolti in ciascuna fase, ferme restando le funzioni di supervisione, indirizzo e coordinamento del RUP”*.

Secondo le indicazioni che si leggono nella relazione, la scelta di ridenominare la figura del RUP è figlia della volontà di sottolineare la peculiarità della disciplina dei contratti pubblici in cui è parte un soggetto pubblico, rispetto a quella generale sul procedimento amministrativo; ciò in linea con la filosofia più attenta ai profili fattuali che ispira la nuova codificazione.

2.1 Il RUP come Project Manager

Con il nuovo Codice degli appalti viene portata a compimento una riforma che era stata già in parte avviata in precedenza, con il tentativo di far emergere la figura del Responsabile Unico e di professionalizzare i ranghi della P.A.

Il RUP diventa il fulcro delle decisioni assunte all'interno delle singole fasi che compongono il ciclo di vita dell'appalto, attraverso il coordinamento dei responsabili di fasi (ove nominati), ma anche attraverso la possibilità di usufruire di una struttura di supporto che snellisca l'attività di dettaglio e consenta di determinarsi rispetto agli elementi essenziali del procedimento.

Anche quando assistito da altre figure, rimangono sempre in capo al RUP gli obblighi di supervisione, coordinamento, indirizzo e controllo.

Inoltre, per lo svolgimento degli affidamenti complessi, specie nei lavori, sono richieste delle qualifiche tecniche specifiche che consentono alle Stazioni Appaltanti di affidare le questioni più rilevanti ad una figura altamente qualificata.

In ogni caso, anche laddove il RUP non abbia le competenze specificamente richieste per gli appalti minori (*rectius* non complessi) le strutture di supporto possono intervenire a sorreggere tecnicamente il Responsabile del progetto nelle sue determinazioni.

2.2 Gli incentivi alle funzioni tecniche

Per agevolare il cambio di rotta del nuovo Codice verso un profilo di RUP altamente qualificato e responsabilizzato nelle sue mansioni, il Legislatore è intervenuto anche nell'ambito della contribuzione del personale dipendente della P.A. che svolge un ruolo decisionale all'interno delle fasi del ciclo di vita del progetto.

L'art. 45 del nuovo Codice disciplina gli incentivi per "funzioni tecniche", rinviando all'Allegato I.10 la definizione dell'elenco tassativo delle "*attività tecniche a carico degli stanziamenti previsti per le singole procedure*".

La norma punta a stimolare un maggior interesse per il dipendente pubblico verso mansioni che, per loro natura, da sempre, sono caratterizzate dalla percezione della presenza di una responsabilità elevata.

Naturalmente il contributo fornito dall'incentivo non elide in alcun modo tali responsabilità, ma rappresenta se non altro una giusta contribuzione rispetto all'assunzione di un ruolo centrale e per ciò solo delicato.

Ma vi è di più. Infatti, il Legislatore del nuovo Codice ha ripristinato la ripartizione degli incentivi anche per i progettisti interni. Segno evidente della volontà di dare preminenza all'autoproduzione interna, e quindi di esternalizzare il meno possibile importati ruoli tecnici, con conseguenti risparmi di spesa e accrescimento delle competenze degli uffici tecnici.

Inoltre, è previsto che i criteri di riparto dell'incentivo, nonché di sue eventuali riduzioni nel caso di ingiustificati incrementi di tempi o costi rispetto a quanto previsto, siano stabiliti dalle Stazioni Appaltanti secondo i rispettivi regolamenti.

Per la parte di incentivo non assegnata in relazione ad attività non effettuate, è poi previsto che tale quota sia destinata ad incrementare il 20% di cui al comma 5 dello stesso art. 45.

In base all'Allegato I.10 gli incentivi sono posti a carico degli stanziamenti previsti per «le singole procedure» di affidamento di lavori, servizi e forniture negli stati di previsione della spesa o nei bilanci delle Stazioni Appaltanti e degli enti concedenti, come previsto dal citato art. 45.

L'incentivo può essere determinato in un importo non superiore al 2% (tale percentuale resta invariata nel tempo).

Sempre l'Allegato I.10 riproduce in modo tassativo le attività tecniche destinatarie dell'incentivo nella quota complessiva dell'80%.

L'incentivo spetta solo ai “dipendenti” dell'ente con esclusione del personale dirigenziale (salvo l'eccezione prevista per gli affidamenti finanziati con le risorse PNRR).

Il Dirigente competente è chiamato a determinare la struttura o il gruppo di lavoro, individuando le mansioni di ciascun componente, e decretando così la quota parte di incentivo spettante. In tale circostanza il dipendente assume su di sé il ruolo attribuitogli con assunzione della relativa responsabilità.

Altro aspetto di novità rispetto al passato è determinato dal fatto che gli incentivi per le attività tecniche sono erogati direttamente al personale dipendente senza la necessità di una confluenza in alcun fondo né di una contrattazione decentrata integrativa.

In ogni caso, al fine di non radicare il comportamento diametralmente opposto (ossia la corsa all'assunzione del ruolo tecnico), ed anche per contenere la spesa pubblica, l'incentivo complessivamente maturato dal dipendente nel corso dell'anno di competenza, anche per attività svolte per conto di altre amministrazioni, non può superare il trattamento economico complessivo annuo lordo percepito dallo stesso dipendente (*cf.* Corte dei conti, sez. controllo Liguria, n. 76/2021/PAR); l'importo in riferimento è costituito da quello complessivamente maturato secondo il criterio, appunto, della competenza, a prescindere dalla data di effettivo pagamento. Viene, quindi, innalzato il tetto retributivo individuale per il singolo dipendente che viene portato dal 50%, stabilito dall'art. 113, comma 3, del D. Lgs 50/2016, fino al 100%.

Infine, ma non meno importante, occorre sottolineare l'eliminazione di quelle previsioni volte a limitare l'estensione oggettiva delle procedure su cui è possibile ottenere il riconoscimento dell'incentivo.

Infatti, dal 1° luglio 2023 gli incentivi sono previsti per qualunque tipologia di affidamento, ivi inclusi gli affidamenti diretti, nonché le procedure di *Project financing*, ossia anche per quegli affidamenti complessi caratterizzati da un lungo *iter* decisionale e da un'elevata responsabilità in termini di esatta perimetrazione dell'interesse e del fabbisogno della collettività (*cf.* Corte Conti Lombardia, delibera n. 187/2023)

2.3 La centralità della formazione

Ma la qualificazione non possa solo e soltanto per le competenze apprese in un percorso universitario o *post lauream*; anzi, nel nuovo modello di PA, incentrata sulle persone, la

qualificazione del personale si fonda anche e soprattutto sulle conoscenze apprese nel percorso professionalizzante previsto dal Legislatore.

Infatti, grazie a un piano di formazione specialistica del personale, l'ufficio obbligatorio del RUP - elemento di continuità con il previgente sistema codicistico, che prevede l'impossibilità per il funzionario pubblico di rifiutare la mansione - viene mitigato da un costante aggiornamento delle competenze e delle nozioni.

La stessa formazione diventa parte integrante dell'intera qualificazione della Stazione Appaltante, essendo stata oggetto di attenta valutazione nell'ambito delle valutazioni compiute da ANAC rispetto alla collocazione degli Enti all'interno delle procedure

La formazione, in questo, ha un ruolo fondamentale perché rientra nella strategia europea volta a professionalizzare maggiormente il personale coinvolto nel ciclo degli appalti.

In questo solco, il Codice ribadisce l'importanza della formazione già nei Principi: ad esempio, l'art. 2, nell'affermare il principio di fiducia con lo scopo di valorizzare l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei pubblici funzionari e favorire valutazioni e decisioni secondo il principio del risultato, prevede il rafforzamento delle capacità professionali dei dipendenti attraverso la realizzazione dei piani di formazione di cui all'articolo 15, comma 7 del Codice. Tale disposizione dispone l'adozione del piano di formazione per il personale che svolge funzioni relative alle procedure di acquisto di lavori, servizi e forniture.

Anche tra i principi della Digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti (Parte II) è stabilito che, a presidio della sicurezza informatica e della protezione dei dati personali, le Stazioni Appaltanti debbano assicurare la formazione del personale addetto, garantendone il costante aggiornamento (art. 19, comma 5).

Oltre a ciò, sempre in tema di informatizzazione, l'art. 45 regola gli incentivi alle funzioni tecniche e prevede che una parte delle risorse stanziata sia destinata a finanziare le attività di formazione per l'incremento delle competenze digitali dei dipendenti nella realizzazione delle rispettive attività e per la specializzazione del personale che svolge funzioni tecniche.

In particolare, la residua percentuale delle risorse (20%), con esclusione delle somme a destinazione vincolata, è rivolta a soddisfare una serie di fabbisogni, specificati ai commi 6 e 7 dell'art. 45.

Tra tali specifiche destinazioni si segnala, in particolare, l'obbligo di destinare incentivi alla formazione per l'incremento delle competenze digitali, alla specializzazione del personale che svolge funzioni tecniche e all'assicurazione obbligatoria del personale.

La quota del 20% risulta incrementata dai seguenti eventuali elementi:

- la quota parte dell'incentivo eccedente il limite soggettivo del singolo dipendente;
- la quota parte dell'incentivo corrispondente a prestazioni non svolte o prive dell'attestazione del dirigente/responsabile;
- la quota parte di prestazioni non svolte dai dipendenti in quanto affidate esternamente.

2.4 Oltre l'assistenza al RUP: la vigilanza collaborativa ANAC

Tra gli strumenti finalizzati a sostenere le stazioni appaltanti nella predisposizione degli atti, nell'attività di gestione dell'intera procedura di gara e nella fase di esecuzione del contratto, messi a disposizione delle Pubbliche amministrazioni dal Legislatore, occorre sottolineare il rafforzato ruolo della “vigilanza collaborativa” nel nuovo Codice dei contratti pubblici, svolto dall'Anac, nell'ambito dei poteri ad essa attribuiti.

Le Pubbliche amministrazioni che vi aderiscono sottopongono in via preventiva gli atti di gara all'Autorità che, in tempi brevi, fornisce osservazioni e pareri, favorendo la deflazione del contenzioso, la legittimità dei procedimenti di gara e dell'esecuzione contrattuale, intervenendo ex ante direttamente sugli atti delle stazioni appaltanti, implementando i presidi di legalità ed il buon esito dell'attività amministrativa in genere.

Nel tempo, la vigilanza collaborativa è stata espletata attraverso la verifica della conformità degli atti di gara alla normativa di settore, l'individuazione di clausole e condizioni idonee a prevenire tentativi di infiltrazione criminale, di situazioni di conflitto di interesse, nonché tramite il monitoraggio dell'intera procedura di gara nelle distinte fasi di predisposizione dei documenti, svolgimento della procedura e aggiudicazione della stessa. Talvolta questa forma collaborativa di vigilanza è stata estesa, in casi di particolare criticità, anche alla fase di esecuzione del contratto.

Il testo della norma (art. 222, comma 3, lett. h) D.Lgs. n. 36/2023) chiarisce che tale tipo di supporto può essere richiesto per “affidamenti di particolare interesse”. Ebbene, in relazione a tale circostanza, è utile rappresentare che, laddove effettuata su un affidamento importante a livello strategico o comunque su un appalto complesso, la vigilanza collaborativa consente alla Stazione Appaltante richiedente non solo di chiudere la procedura con un ausilio privilegiato, ma di far tesoro delle indicazioni fornite da ANAC anche per le future procedure, infondendo nelle strutture e nei RUP una modalità operativa chiara ed efficace.

Per i presupposti per l'attivazione della vigilanza collaborativa si rinvia al vigente Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici adottato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 296 del 20 giugno 2023.

2.5 La qualificazione in fase di esecuzione delle Stazioni Appaltanti

Al momento in cui si scrive, e fino al 31 dicembre 2024, il sistema di qualificazione prevede che le Stazioni Appaltanti e le CUC già qualificate siano qualificate in automatico anche per l'esecuzione. I soggetti non qualificati possono invece eseguire i contratti se sono iscritti all'AUSA e dispongono di una figura tecnica che possa svolgere le funzioni di RUP.

Dal 1° gennaio 2025, al netto delle possibili modifiche di cui al c.d. “Decreto Correttivo”, la fase esecutiva diverrà anch'essa oggetto di valutazione, andandosi così a completare un quadro già da tempo avviato, e che prevede una particolare attenzione alla fase più importante di tutto il ciclo di vita dell'appalto.

In particolare, ai sensi dell'art. 8 dell'allegato II.4, le SA qualificate, dopo il 31 dicembre 2024, possono eseguire il contratto per i livelli superiori a quelli di qualifica sulla base dei seguenti requisiti, relativi ai contratti eseguiti nel quinquennio precedente la domanda di qualificazione:

- a) rispetto dei tempi previsti per i pagamenti di imprese e fornitori;
- b) assolvimento degli obblighi di comunicazione dei dati sui contratti pubblici che alimentano le banche dati detenute o gestite dall'ANAC;
- c) assolvimento degli obblighi di cui agli articoli 1 e 2 del decreto legislativo 29 dicembre 2011, n.229.

Le Stazioni Appaltanti non qualificate per la progettazione e l'affidamento di lavori, di servizi e forniture o di entrambe le tipologie contrattuali, dal 1° gennaio 2025 possono eseguire il contratto se sono verificati:

- a) la presenza nella struttura organizzativa di dipendenti aventi specifiche competenze in materia di contratti pubblici e di sistemi digitali;
- b) sistema di formazione e aggiornamento del personale;
- c) contratti eseguiti nel quinquennio precedente la domanda di qualificazione;
- d) rispetto dei tempi previsti per i pagamenti di imprese e fornitori;
- e) assolvimento degli obblighi di comunicazione dei dati sui contratti pubblici che alimentano le banche dati detenute o gestite dall'ANAC;
- f) assolvimento degli obblighi di cui agli articoli 1 e 2 del decreto legislativo 29 dicembre 2011, n. 229.

Dalla disamina dei punti appena delineati, è evidente come la qualificazione della Stazione Appaltante in fase di esecuzione non possa prescindere dalla presenza di personale con specifiche competenze digitali, al fine di realizzare pienamente l'obiettivo della trasformazione digitale della Pubblica Amministrazione e della digitalizzazione dell'intero ciclo di vita dei contratti pubblici.

In quest'ottica, occorre pensare ad un modello di formazione multidisciplinare, che non si limiti alla formazione specialistica o avanzata nel campo della contrattualistica pubblica, ma che miri a formare il personale della P.A. allo svolgimento di tutte le attività su piattaforma, in nome di una maggior trasparenza ed efficacia dell'azione amministrativa.

3. Strumenti

All'interno del mercato dei contratti pubblici, una domanda pubblica matura può fungere da strumento per selezionare un'offerta competitiva tanto nei costi, quanto nel contenuto innovativo, favorendo così la conversione dell'attività di ricerca e sviluppo in assets produttivi.

Non è un caso che sotto la spinta del diritto europeo, il novero degli interessi a carattere pubblicistico cui l'attività contrattuale della Pubblica Amministrazione deve ispirarsi è stato ampliato: inizialmente il legislatore europeo si è preoccupato di tutelare la libertà di concorrenza e il divieto di discriminazione tra gli aspiranti aggiudicatari, ma con le ultime direttive in materia, al fine di favorire una crescita intelligente e sostenibile, sono stati posti nuovi obiettivi, quali la tutela dell'ambiente, la sicurezza sociale e del lavoro e la promozione dell'innovazione.

In tale contesto, lo stesso fabbisogno della P.A. non è più legato ad una concezione statica di offerta, ma richiede per essa stessa di traguardare un momento di confronto con il mercato, sempre più incline a realizzare prodotti all'avanguardia e in continua evoluzione.

D'altronde, se è vero che la Stazione Appaltante "tipo" del nuovo Codice dei contratti prevede il ritorno all'autoproduzione e all'autosufficienza, mediante il ricorso prevalente alle competenze del personale interno, appare altrettanto evidente che il mondo della ricerca è indissolubilmente legato alla presenza di capitali privati o allo sviluppo in ricerca compiuto al di fuori della P.A.

È in questo contesto che trovano giustificazione e ragion d'essere gli istituti del partenariato per l'innovazione e del dialogo competitivo.

3.1 Il partenariato per l'innovazione

In un contesto come quello sopra delineato, diviene certamente significativo l'istituto del partenariato per l'innovazione, introdotto dall'art. 31 della Direttiva 2014/24/UE e attualmente disciplinato all'art. 75 del nuovo Codice dei contratti pubblici.

Esso consiste in una particolare procedura di gara ad evidenza pubblica finalizzata allo sviluppo e al successivo acquisto di prodotti, servizi o lavori caratterizzati da un livello di novità e innovazione tale che - caratteristica imprescindibile - non devono essere già presenti sul mercato.

L'*iter* procedimentale si compone di un'attività preliminare e di due fasi. L'attività preliminare si sostanzia nella verifica del fatto che l'esigenza della Stazione Appaltante non possa essere soddisfatta con soluzioni già esistenti nel mercato.

Le successive due fasi hanno ad oggetto rispettivamente la definizione dei requisiti minimi che gli Operatori economici devono possedere e le negoziazioni successive alla presentazione delle offerte da parte dei medesimi Operatori economici.

Il partenariato per l'innovazione, quindi, è una procedura strutturata in fasi successive secondo la sequenza del processo di ricerca e di innovazione, che può comprendere la fabbricazione, la prestazione dei servizi o la realizzazione dei lavori e caratterizzata dalla previsione di obiettivi intermedi che le parti devono raggiungere.

Da quanto sopra è possibile desumere quali sono le caratteristiche del partenariato per l'innovazione siano: l'ampia durata, la complessità e la discrezionalità.

Il dispiegamento in un arco temporale ampio è necessario per lo sviluppo e il successivo acquisto di prodotti, servizi o lavori dietro ai quali vi è un'attività di ricerca.

La complessità è evidentemente legata allo sviluppo plurifasico della procedura, la quale offre il contesto in cui si inserisce la terza caratteristica: l'ampia discrezionalità riconosciuta alla PA in sede di negoziazione con gli Operatori economici.

Tuttavia, il partenariato per l'innovazione sembra avere difficoltà nel decollare. Le ragioni sembrerebbero essere molteplici. Innanzitutto, vi è un deficit di competenze tecniche degli appalti amministrativi che ostacola l'avvio di procedure di aggiudicazione estremamente complesse dal punto di vista tecnico; in secondo luogo rileva che il riconoscimento di ampi poteri discrezionali da un lato conferisce alla procedura di aggiudicazione in esame un grande potenziale in termini di promozione della ricerca e dello sviluppo, ma dall'altro spaventa i funzionari per il rischio di incorrere nella responsabilità amministrativa. Infine, ma non meno importante, si riscontra un deficit nelle piattaforme telematiche di negoziazione, oramai obbligatorie per la contrattazione tra pubblico e privato; in tal senso, spesso manca del tutto la previsione a catalogo della procedura, rendendo di fatto impossibile o altamente difficile il ricorso al partenariato per l'innovazione.

Ad oggi, interrogando la dashboard della BDNCP è possibile verificare che da gennaio 2024 ad oggi, l'importo complessivo degli affidamenti intervenuti attraverso questa specifica procedura ammontano a poco più di 11 milioni di euro, a fronte di una spesa pubblica nella contrattualistica pubblica nel medesimo periodo pari a 334 miliardi di euro.

L'auspicio è che, all'esito della recente adozione del nuovo Codice, dopo un primo periodo di attenzione per le procedure standardizzate, il sistema del *procurement* possa concentrarsi sui sistemi di approvvigionamento innovativi, consentendo alla P.A. di dotarsi di strumenti evoluti e maggiormente performanti per la soddisfazione dell'interesse pubblico.

3.2. Il dialogo competitivo

Il dialogo competitivo è una procedura che si caratterizza per una maggiore duttilità rispetto alle altre procedure in merito al possibile (e auspicato) dialogo con il mercato, al fine di ottenere la soluzione più idonea alle proprie necessità.

Lo strumento si presta in particolare per rispondere a quelle esigenze che le Stazioni Appaltanti non sono in grado di determinare nello specifico, quando soprattutto posto un determinato fabbisogno, l'esigenza di progettare il mix perfetto di scelte tecniche e operative deve necessariamente passare per il coinvolgimento del mercato.

In questo, certamente si può ravvisare anche il superamento dello spauracchio della negoziazione tra pubblico e privato.

Infatti, attraverso la procedimentalizzazione delle fasi di negoziazione, la concorrenza è resa edotta in modo progressivo delle evoluzioni delle interlocuzioni, necessarie per gli Enti per addivenire ad un'idea precisa del prodotto o del servizio da richiedere.

Naturalmente, la struttura della procedura porta ad una maggiore complessità dei momenti valutativi: da un lato occorre individuare e definire i mezzi più idonei a soddisfare le necessità

dell'Amministrazione o a valutare ciò che il mercato può offrire in termini di soluzioni tecniche e/o di soluzioni giuridiche e finanziarie, dall'altro occorre poi finalizzare tali informazioni verso l'aggiudicazione dell'appalto pubblico.

Tale procedimento può essere distinto in due fasi principali (art. 29 della Direttiva):

- fase del dialogo;
- fase dell'aggiudicazione.

Secondo l'art. 70 D.Lgs. 36/2023 le Stazioni Appaltanti utilizzano il dialogo competitivo:

- per l'aggiudicazione di contratti di lavori, forniture o servizi in presenza di una o più delle seguenti condizioni:
- quando le esigenze della Stazione Appaltante perseguite con l'appalto non possono essere soddisfatte con le altre procedure;
- quando le esigenze della Stazione Appaltante implicano soluzioni o progetti innovativi;
- quando l'appalto non può essere aggiudicato senza preventive negoziazioni a causa di circostanze particolari in relazione alla natura, complessità o impostazione finanziaria e giuridica dell'oggetto dell'appalto o a causa dei rischi a esso connessi;
- quando le specifiche tecniche non possono essere stabilite con sufficiente precisione dalla Stazione Appaltante con riferimento a una norma, una valutazione tecnica europea, una specifica tecnica comune o un riferimento tecnico;
- per l'aggiudicazione di contratti di lavori, forniture o servizi per i quali, in esito a una procedura aperta o ristretta, sono state presentate soltanto offerte inammissibili.

Come già osservato, una simile procedura è resa possibile attraverso l'individuazione di criteri e regole ben definite, conosciute da tutti i partecipanti.

La procedura ha inizio con un bando di gara che viene pubblicato dalla Stazione Appaltante (o avviso di indizione di gara) a cui qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare. Il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione è di 30 giorni dalla data di trasmissione dei bandi di gara.

Le Stazioni Appaltanti indicano nel bando di gara:

- le esigenze che intendono perseguire;
- i requisiti da soddisfare;
- il criterio di aggiudicazione scelto;
- la durata indicativa della procedura;
- eventuali premi o pagamenti per i partecipanti al dialogo.

L'appalto è aggiudicato solo sulla base del criterio dell'OEPV.

La procedura del dialogo si sviluppa in queste 6 fasi:

1. bando di gara a cui qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare: la Stazione Appaltante esplicita esigenze e necessità da soddisfare;

2. accertamento dell'idoneità dei candidati e selezione;
3. consultazione con gli operatori economici selezionati;
4. dialogo competitivo con i candidati selezionati e individuazione della soluzione migliore tra quelle proposte;
5. invito e formulazione delle offerte finali che verranno valutate e scelte (OEPV) secondo criteri stabiliti;
6. aggiudicazione.

Nulla è aprioristicamente sottratto al confronto con il mercato, dovendo decidere la Stazione Appaltante l'intensità del confronto e anche la possibilità di effettuare fasi successive per scremare le soluzioni tecniche e operative individuate, e addivenire alla scelta della soluzione che maggiormente soddisfi il fabbisogno alla base della procedura

All'esito del confronto, delineate le caratteristiche puntuali della richiesta dell'Ente, ogni operatore economico può presentare l'offerta, che può essere oggetto di chiarimenti, ma che comunque non può essere più modificata. In tal senso, nella fase finale viene recuperata l'esigenza di cristallizzazione delle offerte, fermo restando che tutto il percorso sino a quel momento viene caratterizzato da una completa simmetria informativa tra i concorrenti in gara.

Nel 2024, sempre attraverso l'interrogazione della dashboard della BDNCP, è possibile riferire che sono stati aggiudicati mediante il ricorso al dialogo competitivo circa 250 milioni di euro di procedure.

Anche per il dialogo competitivo si registrano difficoltà dalle Stazioni Appaltanti nello strutturare la procedura all'interno delle piattaforme telematiche. Al punto che spesso i RUP sono costretti a indicare altre tipologie di procedure, oppure a svolgere le negoziazioni esclusivamente in presenza, senza poter fruire del più trasparente modello di scambio infra-piattaforma.

Anche in questo caso si auspica un maggiore controllo sulle effettive potenzialità degli strumenti di *e-procurement*, essendo oggi peraltro l'unico mezzo di confronto concorrenziale idoneo per l'affidamento dei contratti pubblici.

4. Prospettive

La digitalizzazione all'interno della contrattualista pubblica gioca un ruolo fondamentale quale strumento di selezione, quale elemento di tutela della trasparenza e come facilitatore della celere chiusura dei procedimenti.

Ma la digitalizzazione è anche un prodotto per la P.A., anzi, un *asset* ben definito all'interno di una domanda, quella pubblica, che sempre più accompagna il fabbisogno tradizionale ad un *upgrade* irrinunciabile costituito dalla presenza di contaminazioni tecnologiche e informatiche.

Sul punto basti pensare al concetto di “strade intelligenti” o “città intelligenti”.

Per *smart city* deve intendersi un'area urbana in cui, grazie all'utilizzo delle tecnologie digitali è possibile ottimizzare e migliorare le infrastrutture e – di conseguenza – i servizi ai cittadini rendendoli più efficienti.

Tale definizione, quindi, prende le mosse dalla *digital transformation* e dallo specifico utilizzo della tecnologia IoT (*Internet of Things*) nei diversi capi di azione della Pubblica Amministrazione: trasporti pubblici e mobilità, gestione e distribuzione dell'energia, illuminazione pubblica, sicurezza urbana, gestione e monitoraggio ambientale, gestione dei rifiuti etc.

Ma vi sono altri esempi in cui il fabbisogno “tradizionale” si va evolvendo verso una necessaria compresenza di dati e temi ad alto contenuto tecnologico.

Oggi più che mai la digitalizzazione assume un ruolo strategico nella tutela, prevenzione e contenimento dei comportamenti illeciti, giungendo a caratterizzate molteplici progetti legati all'ausilio per le forze di polizia nell'ambito della sicurezza pubblica e del contrasto alla criminalità.

In tal senso viene il rilievo il patrimonio artistico/culturale nazionale.

Come si dirà a breve, in questo campo la digitalizzazione solo di recente sta apportando significativi benefici, mentre è presente anche un utilizzo dell'informatica in chiave speculativa, ossia al servizio del solo interesse individualistico; non mancano poi le situazioni di mancata percezione del pericolo connesso all'uso non consapevole delle tecnologie.

Da qui l'esigenza di individuare le prospettive di evoluzione di un sistema tradizionale ma a forte trazione digitale.

4.1 L'utilizzo della digitalizzazione nel campo dell'arte: criticità.

Negli ultimi anni, forse anche a causa del periodo pandemico e del sempre più accentuato ricorso alla connessione a distanza, il sistema dell'arte è stato pesantemente condizionato dallo sviluppo tecnologico.

Abbiamo così assistito alla proliferazione di mercati di scambio sempre più veloci, a cominciare dalla celebrazione di aste on line, passando per il pagamento effettuato in criptovalute, sino a raggiungere la smaterializzazione dell'opera d'arte e la sua rielaborazione

(più o meno fedele) o la sua diretta creazione all'interno di mondi virtuali (un esempio per tutti è il c.d. "metaverso").

Da qui la possibilità di riferire due precedenti assai noti, che hanno fatto riflettere sulla portata applicativa e/o speculativa dello sfruttamento digitale dell'opera

Il primo è quello attinente la vendita dell'Nft del Tondo Doni di Michelangelo, custodito nel museo fiorentino degli Uffizi. La vicenda ha suscitato molte polemiche, in quanto, al netto delle questioni procedurali attinenti la vendita dei diritti di immagine, si è ritenuto che l'operazione abbia decretato più un depauperamento dell'opera d'arte che una sua valorizzazione, in quanto è sorto il dubbio che l'acquisto del gemello digitale consentisse la riproduzione ad libitum della copia digitale del Tondo Doni, violando la irriproducibilità del bene artistico originale.

Il secondo esempio è invece dettato dal caso del British Museum, ovvero sia la prima realtà museale a vendere NFT delle proprie opere su piattaforma blockchain. Il servizio è stato incentrato unicamente sull'acquisto di cartoline digitali legate a mostre temporanee, senza la previsione di contenuti ulteriori che arricchiscano l'esperienza del fruitore. È evidente che operazioni di questa natura disvelino l'esigenza, sempre più sentita, di monetizzare l'uso digitale di importanti opere d'arte oramai entrati di diritto nel panorama conoscitivo della collettività, e quindi non più sottoposti a diritto d'autore o diritti connessi secondo la c.d. "Direttiva Copyright" (Direttiva UE 2019/790).

In tutti questi casi, al netto dei diritti di riproduzione e del naturale dibattito sull'eventuale depauperamento del valore intrinseco dell'opera, la certezza è che gli Enti museali conseguono un beneficio economico certo ed attuale, pervenendo comunque ad un risultato monetario.

Quel che certamente risulta fuori controllo è l'appropriazione di intere città e di loro monumenti all'interno di mondi virtuali ("metaverso") dove gli Enti locali o lo Stato nulla percepiscono rispetto alle transazioni che riguardano la "cessione" di una porzione di città o monumento virtuale.

In questi ultimi esempi, la digitalizzazione disvela il suo aspetto negativo con possibilità di speculazioni e di vere e proprie truffe che si compiono nel giro di pochi istanti, senza che si abbia la reale percezione da parte del danneggiato della pericolosità di tali transazioni e delle minori tutele presenti in questo segmento di pseudo-investimenti.

4.2 L'utilizzo della digitalizzazione nel campo dell'arte: potenzialità.

La vastità del patrimonio culturale è tale che la gran parte non è esposta, e si colloca all'interno di un deposito, o di una collezione privata.

Eppure, nel Mondo, gran parte degli spostamenti delle persone nelle diverse città è basato sull'esigenza di soddisfare il piacere di trovarsi di fronte ad un'opera d'arte.

L'esperienza pandemica ha portato alla ribalta il tema della soddisfazione di questa esigenza anche a distanza, ovvero sia senza la necessità di compiere uno spostamento.

Ad esempio, alcuni musei hanno progressivamente incrementato la loro presenza online attraverso siti web, social e *virtual tour*. In molti rendono disponibili le proprie collezioni online, addirittura consentendo al fruitore di passeggiare virtualmente per la mostra.

Il Louvre, ad esempio, ha sviluppato nel 2021 un nuovo sito web nel quale ha messo online quasi tutte le sue collezioni.

Le Gallerie d'Italia hanno realizzato un *virtual tour* interattivo della mostra dedicata a Tiepolo nella sede di Milano.

Gli Uffici realizzano mostre virtuali e tantissime altre istituzioni culturali italiane hanno iniziato a sfruttare le potenzialità della digitalizzazione dell'arte.

L'esigenza di valorizzare e preservare al contempo le opere d'arte ha portato il Legislatore ad inserire una specifica linea di investimento PNRR "M1C3 – Investimento 1.1 "Strategie e piattaforme digitali per il patrimonio culturale" con uno stanziamento di 500

L'investimento, diviso in 12 sub-investimenti, mira a colmare il divario digitale esistente e a massimizzare il potenziale degli uffici locali incaricati della conservazione del patrimonio, dei musei, degli archivi e delle biblioteche, agendo nelle seguenti direzioni:

- facilitare la crescita di un mercato complementare di servizi culturali per le piccole e medie imprese e le start-up innovative;
- facilitare il trasferimento delle innovazioni di Ricerca e Sviluppo (R&S) nella pratica del patrimonio culturale;
- sviluppare il potenziale delle banche dati culturali e delle collezioni digitali, sia dal punto di vista dell'edutainment che da quello scientifico;
- assicurare l'uso e l'accessibilità a lungo termine degli archivi digitali e dei prodotti della digitalizzazione del patrimonio culturale;
- ridurre le inefficienze e abbassare i costi di gestione attraverso la razionalizzazione dei sistemi informativi (approccio cloud), la dematerializzazione degli archivi cartacei e la digitalizzazione di procedure e processi;
- semplificare il rapporto tra enti pubblici, cittadini e imprese, ridisegnando le procedure di settore e portando i servizi online.

Ma come è possibile da un punto di vista tecnico giungere a "processare" così tanti dati e immagini?

Ebbene, un esempio può essere l'uso delle reti neurali e il riconoscimento delle immagini.

Si tratta di tecnologie che consentono di identificare oggetti e soggetti nelle immagini, semplificando la ricerca e l'organizzazione delle risorse. I

n questo ambito, riportiamo anche l'esistenza della tecnologia OCR (Optical Character Recognition) per la conversione di testi scritti in immagini o documenti digitalizzati in testo ricercabile.

Per ciò che invece attiene alla mole di dati, certamente l'utilizzo di algoritmi di Intelligenza Artificiale permette di analizzare grandi quantità di dati e riconoscere testi, immagini e video. In questo modo la catalogazione del patrimonio può portare ad una effettiva fruibilità ed anche ad una consapevolezza dell'esistenza di opere sconosciute.

Quanto al tema della certificazione, la tecnologia Blockchain consente oggi di garantire l'autenticità di opere d'arte e documenti storici sempre più in uso aumenta la fiducia degli utenti rispetto a possibili frodi o speculazioni.

In sintesi, l'uso strategico di queste tecnologie può trasformare il patrimonio culturale in una risorsa digitale accessibile, coinvolgente e duratura.

4.3 La digitalizzazione quale strumento di tutela del patrimonio culturale: il progetto “Swoads”

Se la digitalizzazione pone interrogativi in merito alla possibile, corretta e lecita valorizzazione dei beni culturali, la stessa digitalizzazione ove messa a servizio delle autorità pubbliche può svolgere da sistema di controllo, deterrente e mezzo di tutela del patrimonio pubblico.

In questo contesto si inserisce il progetto denominato “SWOADS”, cofinanziato dall'UE nell'ambito del Fondo Sicurezza Interna 2014-2020 (ISF), in uso presso il Comando Carabinieri Tutela Patrimonio Culturale.

SWOADS (Stolen Works Of Art Detection System), *unicum* a livello europeo, è una soluzione progettuale ideata per la ricerca e l'individuazione delle opere d'arte trafugate, registrate, in più di 50 anni, nella Banca Dati dei beni culturali illecitamente sottratti (BDbcis), gestita dal Comando Carabinieri Tutela Patrimonio Culturale (TPC), nello svolgimento della sua funzione di polo di gravitazione informativa per tutte le Forze dell'ordine.

In particolare, si tratta di un sistema che sfrutta algoritmi di AI in grado di confrontare i milioni di fotografie presenti nel *dataset* dell'Arma con le immagini rinvenute *online*.

È così che SWAODS, quale evoluzione tecnologica nel settore della protezione del patrimonio culturale, si affianca a “Leonardo TPC”, sistema utilizzato quale interfaccia per l'alimentazione e la consultazione della BDbcis, ma soprattutto per la gestione e la memorizzazione di tutte le attività preventive e repressive svolte dal Comando, con informazioni su oltre 7 milioni di oggetti censiti.

Nella progettazione di questa forma evoluta di tutela dell'opera d'arte ci sono tutte le caratteristiche che oggi vengono maggiormente richieste ai software in dotazione alle Pubbliche Amministrazioni.

Infatti, trattasi di una tecnologia replicabile e reimpiegabile, con possibilità di essere interconnessa e interoperabile alle strutture di tutela presenti nei diversi Paesi.

Appare evidente l'importanza di una simile iniziativa, considerato che dal punto di vista del patrimonio storico e artistico, l'Italia è il paese che possiede la più alta presenza di siti patrimonio dell'umanità dell'UNESCO: sono 60 su un totale di circa 1200 (al 2024), ovvero il 5% del totale mondiale; una stima indica inoltre che il paese possiede più della metà dei tesori d'arte del mondo.

Una simile rete, sviluppata a livello internazionale nonché già in fase di studio per la sua prossima realizzazione con il nuovo progetto SWOADSnet (ISF 2021-2027), costituita da diverse cellule SWOADS, installate presso le Forze di Polizia di Paesi dotati di una propria Banca Dati dei beni asportati, permetterebbe di contrastare e prevenire con più forza i reati



contro il patrimonio culturale, incrementando al contempo il numero dei recuperi dei beni trafugati, attraverso lo scambio dei dati da analizzare.

5. Conclusioni

Ad un anno di operatività del nuovo Codice è evidente il valore aggiunto decretato dall'utilizzo della digitalizzazione. Tuttavia, non mancano delle lacune o antinomie da risolvere.

L'adozione di un provvedimento che ne corregga alcune previsioni, secondo oramai una prassi consolidata nel campo della contrattualistica pubblica (il famoso "correttivo", quale tagliando consueto della legislazione in materia di appalti), potrebbe senz'altro essere auspicabile; l'importante è non utilizzare un momento di doveroso aggiustamento del tiro per rimetterne in discussione un impianto oramai collaudato e permeato all'interno del sistema Paese.

In altri termini, ciò che non può auspicarsi è un intervento energico del Legislatore su un tessuto normativo ancora giovane e tuttavia foriero di interessanti traguardi.

Sul fronte della digitalizzazione, per quel che riguarda gli aggiustamenti, l'utilizzo di applicativi certificati da MIT e/o Anac al fine di evitare che tramite le soluzioni operative in essi contenute possano accreditarsi vere e proprie violazioni di legge, per lo più difficilmente leggibili sarebbe una misura da considerare.

Accanto a questo, meritano di essere chiarite le regole sull'accesso agli atti, in quanto in grado di determinare una completa trasparenza dell'azione pubblica, salvo poi decretare l'insorgenza di un contenzioso nevrotico e non di meno necessario per la piena tutela del diritto di difesa.

E ancora, non manca il tema della responsabilità dei pubblici funzionari, che va certamente letta con gli occhi del giudice costituzionale (Corte Costituzionale, sentenza 17 luglio 2024 n. 132) in merito alla possibilità per il Legislatore di limitare la responsabilità erariale.

Di certo la c.d. "burocrazia difensiva" della P.A. oggi è fortemente contrastata con l'azione di qualificazione e professionalizzazione dei dipendenti anche grazie alla formazione.

Grazie alla quale, anche attraverso un corretto utilizzo degli incentivi tecnici, è possibile creare un livello abbastanza buono di omogenea alfabetizzazione del personale dipendente anche in ordine all'uso di strumenti digitali, quali il partenariato per l'innovazione e il dialogo competitivo.

Infine, anche attraverso l'utilizzo dei fondi comunitari, è possibile oggi accompagnare le azioni di tutela della collettività con l'auspicato ausilio dei mezzi informatici, indispensabili per un corretto contrasto alle attività criminali.