

Il nuovo Codice dei contratti pubblici

Dunque ci siamo. L'1 luglio 2023 diventa efficace il Decreto Legislativo n. 36, pubblicato il 31/3/2023 ed entrato in vigore il giorno successivo, ma efficace nell'ordinamento italiano solo a far data dal 1/7 p.v. (art. 229) quando l'attuale Codice sarà definitivamente abrogato (art. 226).

Questo significa come non solo tutte le gare i cui bandi sono stati pubblicati dopo il 31/3/2023, ma anche quelle pubblicate fino al 30/6 p.v. continueranno ad essere regolamentate dal D.Lgs.n. 50/2016 (la cui "ultrattività" è dovuta al principio del *tempus regit actum*), per cui solo le procedure pubblicate dopo il 1 luglio p.v. vedranno applicato il nuovo testo normativo.

Occorre innanzitutto ricordare come il nuovo Codice nasca dall'esigenza di garantire il rispetto, da parte dello Stato italiano, del Piano di Ripresa e Resilienza (L.n. 108/2021) presentato all'Europa, tra le cui riforme abilitanti era annoverata (appunto) anche quella sui contratti pubblici.

Il D.Lgs.n. 36/2023 non deriva quindi dall'obbligo di recepimento di alcuna direttiva comunitaria, circostanza che lo rende differente ai precedenti due Codici; se infatti il Dlgs.n.163/2006, di recepimento della 'direttiva unica', per la prima volta unificava in un unico corpus normativo i tre diversi settori delle opere, delle forniture e dei servizi pubblici, il successivo Dlgs n. 50/2016 aveva invece uno scopo soprattutto "organizzativo" nel senso che, anziché disciplinare le modalità con cui si esperiscono le gare pubbliche, procedeva ad

un riassetto della P.A. con l'introduzione della centralizzazione degli acquisti, la (conseguente) accentuazione della pianificazione e programmazione delle PP.AA., la qualificazione dei Soggetti Aggregatori, la costituzione dell'Albo dei Commissari di gara ecc..

Il nuovo Codice sembra "tornare all'antico", con un'impronta più didattica su come si redigono ed esperiscono le gare tanto è vero che, nella Relazione che accompagna la bozza del Codice, la Commissione scrive che "Si è cer-

cato di scrivere un codice che racconti la storia delle procedure di gara, accompagnando amministrazioni e operatori economici, passo dopo passo, dalla fase iniziale della programmazione e progettazione sino all'aggiudicazione e all'esecuzione del contratto. L'indice del codice sintetizza questa storia: si inizia con i principi, si prosegue con il libro dedicato all'appalto in tutte le sue singole fasi, si finisce con i rimedi e con l'autoesecutività...".

L'Indice e le principali Novità

Il nuovo testo normativo è composto da 5 Libri, idealmente fra loro separati poiché relativi ad argomenti autonomi, il I° dedicato ai Principi gene-

rali ed alla Digitalizzazione degli appalti, il II° all'appalto, il III° ai Settori speciali, il IV° al Partenariato Pubblico Privato ed il V° al contenzioso, all'ANAC ecc. e, già dalla semplice lettura dell'indice, si possono cogliere tanto le novità quanto le conferme rispetto al recente passato.

Il Libro I° si apre con l'enunciazione dei "Principi generali", che devono essere applicati e rispettati in tutte le diverse fasi del procedimento; già la scelta di passare dai

Non si può purtroppo non riscontrare una carenza che vede il Legislatore degli appalti non riconoscere alcuna peculiarità al settore della Sanità, mentre invece risulta una regolamentazione ad hoc per il settore dei Beni culturali (artt. 132-134), per i contratti della Difesa (artt. 136-139), addirittura per il servizio di ristorazione (art. 130) e di mensa (art. 131) ecc.

2 articoli del D.Lgs.n. 50/2016 (artt. 29 e 30) agli 11 articoli del D.Lgs.n. 36/2023 dimostra l'importanza che si è voluto assegnargli, quali fondamenta su cui edificare ogni nuova procedura; particolare enfasi si è poi voluta dare al "Principio del risultato" (art. 1), vera e propria cartina di tornasole dell'effettiva riuscita della procedura nonché principio che racchiude, in sé, quello di legalità, trasparenza e tutela della concorrenza.

Passando poi alla "digitalizzazione degli appalti", questa sancisce la definitiva archiviazione della gara cartacea, proiettando il mercato degli acquisti pubblici verso quell'"ECOSISTEMA NAZIONALE DI APPROVVIGIONAMENTI DIGITALI" destinato a modificare le modalità con cui finora siamo stati abituati a conoscere le gare pubbliche.

Viene così previsto che tutti i procedimenti amministrativi connessi al 'ciclo di vita' dei contratti pubblici saranno svolti digitalmente (art. 19, comma 3) e gestiti su piattaforme digitali (art. 21, comma 2), giungendo infine a prevedere anche il possibile utilizzo, "per migliorare l'efficienza le stazioni appaltanti", dell'intelligenza artificiale (art. 30, comma 1).

Anche tutte le comunicazioni relative alle gare poi, fino alla pubblicazione dei relativi esiti, è previsto che avverranno solo sulla Banca Dati nazionale dei contratti pubblici (BDNCP) nonché utilizzando le piattaforme digitali, fermo restando tuttavia come, ad oggi, ciò rischi di risultare una mera dichiarazione d'intenti, ben lungi dall'essere pienamente operativo.

Sebbene infatti il Fascicolo Virtuale dell'Operatore Economico (FVOE) sia già entrato in vigore l'8/11/2022, mentre la BDNCP risulti introdotta dall'art. 62-bis del D.Lgs.n. 82/2015, quello che appare ancora carente è la garanzia dell'interconnessione ovvero la concreta ed effettiva certezza che il Casellario informatico, l'Anagrafe degli operatori economici e quella delle Stazioni appaltanti ecc. siano effettivamente in grado di dialogare con tutte le banche-dati tenute da altre PP.AA. (i.e. le CCIAA per il Registro delle imprese ed i bilanci societari, le Procure per i casellari giudiziari e dei carichi pendenti ecc.) al fine di garantire quella responsività necessaria e sufficiente alle esigenze di speditezza ed efficacia delle procedure di gara.

Le altre novità del Codice

Passando ai successivi Libri in cui è suddiviso il Codice, in primo luogo viene confermata la distinzione fra il contratto d'appalto (Libro II) e quello di concessione (Libro IV) - che peraltro viene classificata più correttamente come una particolare tipologia di Partenariato pubblico-privato (PPP) - per proseguire poi con la tradizionale distinzione fra procedure sopra e sottosoglia

comunitaria, con la separazione fra i settori ordinari e quelli speciali, con la conferma dell'importanza della fase di programmazione e di progettazione degli appalti pubblici ecc..

Degne di nota è poi la "stabilizzazione" di alcune disposizioni emergenziali (relativamente agli acquisti sottosoglia, alla revisione-prezzi ed alle modifiche contrattuali), la restrizione della fattispecie del "conflitto d'interessi", la razionalizzazione delle cause d'esclusione per mancanza dei requisiti di moralità (con la distinzione fra cause automatiche e non automatiche ecc.), alcune modifiche all'istituto dell'avvalimento (con l'ammissione di quello "premiale"), il superamento della distinzione fra a.t.i. orizzontali e verticali, la nuova figura del RUP "di fase", la calendarizzazione dei tempi per la conclusione delle gare, il ritorno al cd. "accesso automatico implicito", la nuova regolamentazione del subappalto ecc.

L'ambito sanitario

A fronte di tante novità non si può purtroppo non riscontrare, anche questa volta, una carenza che vede il Legislatore degli appalti non riconoscere alcuna peculiarità al settore della Sanità, mentre invece risulta espressamente prevista una regolamentazione *ad hoc* per il settore dei Beni culturali (artt. 132-134), per i contratti della Difesa (artt. 136-139), addirittura per il servizio di ristorazione (art. 130) e di mensa (art. 131) ecc.

E ciò nonostante l'appena concluso periodo pandemico abbia drammaticamente messo in evidenza la estrema fragilità del nostro Sistema sanitario nazionale nonché dimostrato quanto incida la spesa sanitaria nei bilanci regionali.

Pur risultando disposta una disciplina 'speciale' per i servizi sociali e per quelli alla persona (artt. 127-128), non è stato invece ritenuto necessario differenziare gli approvvigionamenti sanitari (farmaci e dispositivi medici) rispetto ad altre forniture, non riconoscendo quindi in capo ad essi alcuna specifica peculiarità che, al contrario, risulta ben presente sia per la particolarità dei biosimilari (in ambito farma), sia per la rilevanza degli investimenti nelle tecnologie sanitarie, che difficilmente riescono ad essere riconosciuti e premiati in una gara "classica".

Sono solo due gli specifici riferimenti al settore Sanità:

- l'art. 5, ultimo comma dell'Allegato I.2, che prevede come *"Per le forniture o i servizi connotati da particolari caratteristiche tecniche, quali dispositivi medici, dispositivi antincendio [...], la stazione appaltante può richiedere, oltre ai requisiti di esperienza di cui al comma 2, il possesso della laurea magistrale nonché di specifiche comprovate competenze"*,
- l'art. 32, comma 2 dell'Allegato II.14 che invece

dispone, in presenza di forniture e servizi di particolare importanza, che il DEC non possa essere la stessa persona che ha svolto l'incarico di RUP ed annovera, fra detti servizi, anche quelli *"lett. m) [...] sanitari e sociali"*.

Francamente troppo poco, tenendo conto del peso economico e sociale del comparto!! Preso dunque atto della mancata differenziazione, nel nuovo Codice-appalti, della materia della sanità (genericamente intesa), si può cercare di enucleare comunque quelle novità del D.Lgs.n. 36/2023 che consentono di caratterizzare e distinguere una procedura per l'acquisto di prodotti e/o servizi del settore sanitario e, a tal proposito, non si può non ritornare ai principi generali enunciati nei primi articoli.

Rispetto infatti all'impostazione "classica", in cui la descrizione dell'oggetto della gara è solitamente riconducibile alle specifiche tecniche del prodotto/servizio dedotto in gara le cui indicazioni (i.e. relative al peso, alla velocità, alle dimensioni, alla resistenza, al consumo ecc.), tuttavia, rischiano di ridurre la capacità partecipativa degli oo.aa. proprio in ragione di quei "vincoli tecnici" che (magari) non coincidono perfettamente con quelli dei loro prodotti, dal 1 luglio l'introduzione del 'principio del risultato' (art. 1) è destinato a rivoluzionare non solo l'approccio delle Stazioni appaltanti ma anche (e soprattutto) quelli dei partecipanti alle pubbliche gare.

Se infatti finora l'amministrazione si poteva "limitare" ad una descrizione tecnica del fabbisogno, lasciando ai potenziali concorrenti l'incombenza di dimostrare poi che, quanto da Loro offerto, era comunque in grado

di soddisfare le esigenze della P.A. (e costringendoli molto spesso ad invocare il principio di equivalenza), nel prossimo futuro l'obbligo d'indicare preventivamente il risultato che la P.A. si prefigge con la gara di fatto "supera" il limite delle specifiche tecniche, consentendo la partecipazione NON solo ai concorrenti che soddisfano con i loro prodotti l'art. 79 D.Lgs.n. 36/2023 ma, viepiù, anche a tutti Coloro i cui prodotti consentono di realizzare il "risultato" per cui si è fatto gara!!

Se a ciò si aggiunge poi l'impegno al perseguimento del massimo "accesso al mercato" (art. 3), ben si comprende come il Legislatore non abbia voluto limitare l'esperimento di gara al rispetto delle medesime regole nei confronti di tutti i concorrenti (concetto che esprime correttamente la cd. "tutela della concorrenza") ma sia andato oltre, imponendo appunto l'obbligo di consentire l'effettivo accesso al mercato (pubblico) a tutti gli operatori economici.

Principio che, letto in combinato disposto con quello che impone la suddivisione in lotti (art. 58 D.Lgs.n. 36/2023), di fatto impone un vero e proprio diktat a tutte le Pubbliche Amministrazioni d'esperire sempre e solo gare multi-lotti, in cui (veramente) possono concorrere tutti gli operatori economici, i cui diversi prodotti dovranno sempre essere ammessi (ancorché in lotti distinti e diversi).

D'altro canto il nuovo Codice non ha fatto che confermare la distinzione fra PP.AA. qualificate, e non, nonché stabilizzare la tecnica delle maxi-gare, ragion per cui quanto sopradetto non fa che definitivamente tratteggiare una modalità d'esperire le nuove procedure, a cui dovremo velocemente abituarci.

