

# CERIDAP

RIVISTA INTERDISCIPLINARE SUL  
DIRITTO DELLE  
AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE

FASCICOLO

1 / 2020

GENNAIO - MARZO

**DIRETTORE:** Prof.ssa Diana-Urania Galetta

**RESPONSABILE DEL COMITATO EDITORIALE:** Prof. Gabriele Bottino

**COMITATO EDITORIALE:** Prof.ssa Monica Bonini, Prof. Gabriele Bottino, Dr. Gherardo Carullo, Dr. Stefano D'Ancona, Dr. Paolo Provenzano

CERIDAP è una rivista ad accesso libero sul sito [ceridap.eu](http://ceridap.eu), aggiornata on-line quotidianamente e fascicolata trimestralmente. Alla fine di ogni trimestre gli articoli riprodotti nel sito sono tutti pubblicati nel fascicolo del trimestre di riferimento.

La Rivista nasce, nel 2020, nell'ambito dell'omonimo Centro di Ricerca Interdisciplinare sul Diritto delle Amministrazioni Pubbliche dell'Università degli Studi di Milano. La Rivista ed il Centro di Ricerca sono realizzati con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano, in particolare dei Dipartimenti di Diritto Pubblico Italiano e Sovranazionale – dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale – e del Dipartimento di Scienze Sociali e Politiche.

Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito, e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione. La Rivista si uniforma agli standard internazionali definiti dal Committee on Publication Ethics (COPE), e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su CERIDAP sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili). Il testo completo della licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Per la citazione dei contributi presenti in questo fascicolo di CERIDAP, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. Cognome, *Titolo del contributo*, in *CERIDAP*, 2020, 1, p. 35 ss.

Per l'invio di contributi destinati alla pubblicazione: [ceridap.eu/rivista/invio-contributi](http://ceridap.eu/rivista/invio-contributi)

## INDICE SOMMARIO

### ARTICOLI

JACQUES ZILLER, <i>Unione europea e Coronavirus</i> .....	1
GHERARDO CARULLO, <i>Digitalizzazione dei controlli ai tempi del coronavirus</i> .....	7
STEFANO D'ANCONA, <i>Appalti pubblici e Corona virus: tra norme e buone prassi</i> .....	16
GIANCARLO VILELLA, <i>Parliamentary democracy facing Coronavirus by (also) technologies</i> .....	35
GABRIELE BOTTINO, <i>Gli Enti locali alla prova del "Corona-Virus": semplificazioni amministrative, e flessibilità gestionali, a sostegno della comunità territoriale</i> .....	42

### SEGNALAZIONI E COMMENTI

GIACOMO PISANI, <i>L'accesso civico ex art. 5, c. 2, d.lgs. 33/2013 e la materia dei contratti pubblici. Ordinanza 8501/2019 di rimessione all'Adunanza Plenaria</i> .....	51
--	----

## **HANNO COLLABORATO A QUESTO NUMERO:**

GABRIELE BOTTINO, Professore Associato nell'Università degli Studi di Milano

GHERARDO CARULLO, Ricercatore (RTDB) di Diritto Amministrativo nell'Università degli Studi di Milano (abilitato come professore di II fascia).  
Avvocato nel foro di Bologna.

STEFANO D'ANCONA, Ricercatore (RTDA) di Diritto Amministrativo nell'Università degli Studi di Milano e Avvocato nel Foro di Milano

GIACOMO PISANI, Dottore in giurisprudenza e Cultore della materia in Diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Milano

GIANCARLO VILELLA, Direttore Generale del Directorate-General for Innovation and Technological Support del Parlamento europeo e professore a contratto presso le Università di Milano e Pescara

JACQUES ZILLER, Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea all'Università di Pavia

# Unione europea e Coronavirus

*Jacques Ziller*

*In questa nota vengono presentate risposte ad alcune domande sul rapporto tra Unione Europea e Italia in questo primo periodo di crisi provocato dalla pandemia del coronavirus.*

*[European Union and Coronavirus]: This paper answers to some questions on the relationship between the European Union and Italy in this period of crisis caused by the coronavirus pandemic.*

## **1. Cosa ha fatto l'Europa per aiutare l'Italia, così come gli altri Stati membri, nella crisi del coronavirus?**

La Banca centrale europea (BCE) ha deciso nella notte tra il 18 e il 19 marzo di riacquistare immobilizzazioni bancarie per 750 miliardi di euro, portando il suo intervento a 1.000 miliardi, più della *Federal Reserve* degli Stati Uniti. Ciò dovrebbe incoraggiare le banche a fare prestiti a determinate società e, quindi, consentire loro di far fronte al rallentamento o alla sospensione delle loro attività. La Commissione europea ha annunciato la sospensione dell'applicazione dei criteri del patto di stabilità nell'esame dei progetti di bilancio e dei bilanci rettificativi degli Stati membri. Ciò consente all'Italia, alla Francia e agli altri Stati membri di intervenire con la loro politica fiscale anche se si allarga il disavanzo di bilancio e si aumenta il debito pubblico. La Commissione ha inoltre consentito all'Italia di utilizzare fondi europei che non aveva speso e che avrebbe dovuto rimborsare al bilancio dell'Unione quest'anno.

La Commissione ha annunciato che terrà pienamente conto della situazione di emergenza nell'esaminare le sovvenzioni dirette e indirette fornite dagli Stati membri e dai loro enti locali alle imprese (aiuti di Stato). Tali sovvenzioni devono

infatti essere verificate dalla Commissione per evitare la concorrenza sleale tra imprese di diversi Stati membri.

Le istituzioni europee (Commissione, Parlamento europeo e Consiglio dei ministri, costituite da membri di governi nazionali) avevano già da tempo fatto uso dei poteri (molto limitati) che gli Stati avevano loro concesso in materia di salute. Una direttiva (la n. 92/117/CEE) del 17 dicembre 1992 aveva imposto agli Stati di adottare misure di protezione contro determinate malattie e infezioni che avrebbero potuto essere trasmesse naturalmente dagli animali all'uomo (zoonosi) e contro batteri, virus o parassiti che possono causare zoonosi. Una decisione (la n. 2119/98 /CE) del 24 settembre 1998 aveva creato una rete per la sorveglianza e il controllo delle malattie trasmissibili, che include un sistema di allarme e risposta precoce finalizzato alla prevenzione e al controllo di tali malattie. Se il nuovo coronavirus fosse arrivato da un altro Stato membro, in Italia, le autorità sanitarie italiane sarebbero state allertate "in tempo reale": come lo sono state le autorità francesi quando il virus è stato identificato in Italia. Questa decisione è stata integrata e sostituita da una nuova decisione (la n. 1082/2013/UE) del 22 ottobre 2013, che consente anche l'acquisto congiunto di farmaci da parte degli Stati membri; un accordo per l'acquisto congiunto è stato approvato dalla Commissione il 10 aprile 2014. Entro febbraio 2020, 25 paesi dell'UE, nonché il Regno Unito, lo avevano firmato (ad esempio la Spagna il 20 giugno 2014, l'Italia il 16 ottobre dello stesso anno, la Francia il 22 settembre 2015, la Germania, il 18 aprile 2016).

Il Centro di coordinamento della risposta alle emergenze (ERCC) dell'Unione ha attivato, il 28 gennaio 2020, il meccanismo di protezione civile per il rimpatrio dei cittadini europei da Wuhan e l'Unione ha cofinanziato i costi del trasporto di aeromobili per rimpatrio di persone sane o asintomatiche.

La Commissione europea ha deciso, il 31 gennaio 2020, di investire urgentemente 10 milioni di euro nel programma Horizon 2020 (Ricerca e innovazione) per sostenere la ricerca sul nuovo coronavirus, oltre a 47,5 milioni di euro già impegnati prima della crisi per finanziare la ricerca su vaccini, trattamenti, test diagnostici e misure preventive.

Il 27 marzo, la Commissione ha proposto di rendere disponibili 75 milioni di € provenienti dal bilancio UE per aiutare gli Stati membri a rimpatriare cittadini UE e per incrementare le risorse disponibili per la scorta di attrezzature mediche

rescEU a 80 milioni di € il bilancio totale della prima. Lo strumento giuridico è un progetto di bilancio rettificativo, che prevede inoltre, tra l'altro, 3,6 milioni di € destinati al Centro europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie, per rafforzare la capacità di individuare, valutare e comunicare le minacce per la salute umana derivanti dalle malattie infettive e, in particolare, aumentare la capacità di esperti alla luce della crisi da coronavirus. Il 29 marzo, il Parlamento europeo ha approvato in seduta plenaria straordinaria a distanza, l'"iniziativa di investimento in risposta al coronavirus"<sup>[1]</sup>, l'estensione dell'ambito di applicazione del Fondo di solidarietà (FSUE) affinché comprenda le gravi emergenze di sanità pubblica e definire operazioni specifiche ammissibili al finanziamento<sup>[2]</sup>, nonché la sospensione temporanea delle norme UE sugli slot aeroportuali<sup>[3]</sup>; la sospensione temporanea significa che le compagnie aeree non sono obbligate a utilizzare le loro bande orarie di decollo e atterraggio previste per mantenerle nella prossima stagione corrispondente.

## **2. Cosa si fa per rifornire maschere, forniture mediche e dottori, ai Paesi sotto attacco del coronavirus?**

Il 1° febbraio 2020, la Cina ha chiesto all'Unione europea di facilitare la consegna di forniture mediche urgenti nel suo paese, che la Commissione ha immediatamente sostenuto, in una dichiarazione di Ursula von der Leyen del 3 febbraio. La Francia ha inviato 17 tonnellate di materiale a Wuhan il 19 febbraio. In Francia, un deputato del Front National ha criticato il 15 marzo questa spedizione, senza tener conto del fatto che il primo caso noto in Italia, a Codogno, risale solamente al 21 febbraio.

Inviare mascherine in Italia, Spagna e Francia poco più di un mese dopo è un gesto di reciprocità da parte della Cina. Dopo che la Germania, il 4 marzo, e la Francia, poco dopo, hanno annunciato il divieto di esportazione di mascherine dopo aver osservato movimenti di merci di natura sospetta, la Commissione europea ha ricordato che questa restrizione non poteva applicarsi tra i paesi membri dell'Unione, ed ha al contrario deciso che le esportazioni al di fuori dell'Unione avrebbero dovuto essere soggette ad autorizzazione preventiva.

La Commissione europea ha deciso, il 19 marzo, di costituire una scorta strategica "rescEU" di attrezzature mediche, tra cui ventilatori e mascherine

protettive, per aiutare i paesi dell'UE nel contesto della pandemia di COVID-19 (v. sopra 7.)

Nel 2016, su iniziativa di Germania e Francia, l'Unione ha creato un Corpo medico europeo (i c.d. "caschi bianchi") il cui spiegamento è coordinato dal Centro di coordinamento della risposta alle emergenze (ERCC), che è il centro operativo del meccanismo di protezione civile e che coordina tra l'altro l'assistenza in caso di incendi boschivi. I Caschi bianchi intervengono per aiutare gli Stati che non dispongono di capacità mediche sufficienti (come in Africa con la crisi del virus Ebola); ovviamente, dal momento che la crisi del coronavirus si sta diffondendo in tutti gli Stati membri, questo presidio medico è troppo limitato in numero di medici per potere venire in aiuto di un paese come l'Italia. Mentre viene fatta tanta pubblicità per l'invio, benvenuto, di medici Cinesi, Cubani o Russi, non è stato rilevato nelle notizie che la Germania ha accolto dei malati di Covid-19 in provenienza di Francia ed Italia.

### **3. La chiusura delle frontiere è la fine dell'Unione europea?**

Se le persone comunque non possono circolare se non per la spesa o un po' di moto, la "chiusura dei confini" non ha alcun impatto su di loro, tranne che nelle regioni frontaliere. Il codice Schengen prevede la possibilità di ripristinare i controlli alle frontiere per motivi di ordine pubblico (come ha fatto la Francia con gli attacchi terroristici); nella situazione attuale, l'ordine pubblico include il controllo di possibili vettori di virus e ora sappiamo che lo sono anche soggetti sani.

La libera circolazione delle persone significa soprattutto che i cittadini europei hanno il diritto di essere e di rimanere in qualsiasi paese dell'Unione e che non dovrebbero essere discriminati perché non sono cittadini del paese in cui si trovano. Questo non è cambiato con la crisi del coronavirus, come ben sanno gli stranieri comunitari che (come me) vivono in Italia.

La libera circolazione delle merci non è stata soppressa; si applica a tutti i paesi dell'Unione europea nonché alla Svizzera e a Norvegia, Islanda e Liechtenstein; e fino alla fine del 2020 anche Regno Unito. Nessun dazio doganale, nessuna imposta, nessuna restrizione quantitativa è stata imposta tranne quella annunciata (e poi rimossa) sulle mascherine. I controlli sui camionisti possono



essere solo di natura sanitaria. Il trasporto di pacchi ordinati via Internet non viene bloccato alla frontiera fintanto che non vi è un divieto di trasporto delle merci sull'intero territorio di un Paese.

La chiusura delle frontiere esterne dell'Unione, annunciata sia dal presidente della Repubblica francese che dal presidente della Commissione europea, significa semplicemente che gli Stati membri si coordinano per la gestione dei voli passeggeri in provenienza da paesi terzi: All'inizio dell'anno, solo l'Italia aveva bloccato i voli passeggeri dalla Cina e nulla ha impedito a un passeggero che arrivava in Francia di recarsi in Italia.

#### **4. Perché l'Europa non è intervenuta prima?**

Le istituzioni dell'Unione non hanno alcun potere di polizia sui territori degli Stati membri. Il bilancio dell'Unione europea (quasi mezzo miliardo di abitanti) nel 2020 prevede circa 150 miliardi di euro di pagamenti, mentre ad esempio quello dello Stato francese (65 milioni di abitanti) ne prevede più di 340 miliardi, oltre ai bilanci delle amministrazioni locali.

Le istituzioni dell'Unione non possono, inoltre, intervenire nella crisi sanitaria - imprevedibile due mesi fa - se non attraverso la diffusione di informazioni e l'organizzazione di riunioni.

In realtà la reazione delle istituzioni europee è stata notevolmente rapida, poiché si deve tener conto del fatto che la maggior parte delle decisioni importanti necessita di riunioni di rappresentanti di tutti gli Stati membri, che si svolgono in videoconferenza.

Vero è che, mentre le istituzioni di natura sovranazionale – anzitutto la BCE e la Commissione – hanno reagito molto rapidamente, il Consiglio europeo è l'Eurogruppo – il Consiglio dei ministri dell'economia e delle finanze ristretta ai paesi dell'Eurozona – non è stato capace finora di raggiungere un accordo su misure innovatrici di sostegno all'economia dei paesi più colpiti. La ragione è semplice: il Consiglio europeo e il Consiglio sono composti da membri degli esecutivi degli Stati membri che devono rendere conto al loro elettorato nazionale e quindi fanno fatica a focalizzarsi sull'interesse generale dell'Unione. E tuttavia notevole che l'Italia fa parte di un fronte comune di nove Stati membri, tra cui la Francia e la Spagna, ma anche il Belgio, che rappresentano il 60 % del PIL

dell'Unione. Già pochi giorni dopo la riunione fallita del Consiglio europeo del 26 marzo, c'è chi in Germania e in Olanda ha sottolineato che se fallisce economicamente l'Italia, ne soffriranno anche questi paesi. Si ricorda che nove è il numero di Stati membri necessario secondo il TFUE per l'avvio di una cooperazione rafforzata. La paralisi del Consiglio europeo, che si auspica di poca durata, dimostra la correttezza dell'intuizione di Jean Monnet e Paul Reuter che hanno ideato l'Alta Autorità del Carbone e dell'Acciaio proposta nella dichiarazione Schuman del 9 maggio 1950.

È meno la crisi che conta per il futuro dell'Unione europea, quanto il post-crisi. Molto probabilmente, finiremo come nel periodo post-Seconda Guerra Mondiale, con tutto da ricostruire. Si parla sempre della cooperazione franco-tedesca che ha permesso di evitare gli errori dell'era postbellica successiva alla Prima guerra mondiale. Non dimentichiamo, però, che le iniziative che sono seguite alla proposta di creare la Comunità europea del carbone e dell'acciaio sono state soprattutto iniziative franco-italiane. Infatti, nel 1952 sia il progetto di Comunità europea di difesa, sia quello di Comunità politica europea sono state iniziative congiunti dei due paesi. Se ritrovano questo spirito i nostri due paesi, che sono stati i primi colpiti dal contagio del coronavirus, saranno in grado di promuovere progetti adatti alle sfide future. Nel preparare il "Trattato del Quirinale" l'Europa dovrà essere centrale come meta comune delle istituzioni dei due Paesi.

1. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020PC0113&from=EN>
2. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020PC0114&from=EN>
3. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52020PC0111>

# Digitalizzazione dei controlli ai tempi del coronavirus

*Gherardo Carullo*

*A causa all'emergenza coronavirus le Autorità pubbliche si trovano davanti all'inedita sfida di assicurare il rispetto delle misure di contenimento dell'epidemia da parte dell'intera popolazione nazionale. A fronte dell'elevatissimo numero di verifiche da effettuare, e delle risorse a disposizione delle forze dell'ordine, il contributo esamina come la tecnologia possa costituire un valido supporto nelle attività delle amministrazioni.*

*[Digitization of controls at the time of the coronavirus] Due to the coronavirus emergency, public authorities are faced with the unprecedented challenge of ensuring that the entire national population complies with the measures to contain the pandemic. Against the very high number of checks to be carried out, and the limited resources available to the police, the contribution examines how technology can be a valid support in the activities of administrations.*

## **1. Il controllo sulla quarantena, una sfida senza precedenti**

Come purtroppo a tutti noto, il diffondersi del virus SARS-CoV-2, anche noto come COVID-19 acronimo dell'inglese COroNaVIrus Disease 19, ha indotto le Autorità italiane ad adottare stringenti misure di quarantena. Con una serie di atti che hanno rapidamente intensificato i divieti<sup>[1]</sup>, a partire dal d.l. del 23 febbraio 2020<sup>[2]</sup>, n. 6, si è rapidamente arrivati alla sospensione di tutte le attività non espressamente consentite<sup>[3]</sup>.

Sin dai primi provvedimenti si è rapidamente dimostrata la necessità di effettuare verifiche e controlli onde assicurare il rispetto delle misure di contenimento. Con l'estensione delle misure a tutto il territorio nazionale, il fenomeno ha assunto

dimensioni senza precedenti. Si è in poco tempo reso astrattamente necessario eseguire controlli sugli spostamenti di tutti coloro che si trovino all'esterno del loro domicilio o residenza, spesso con migliaia di violazioni accertate ogni giorno<sup>[4]</sup>.

Si tratta di una situazione evidentemente di assoluta eccezionalità, per la quale non sorprende che le normali risorse delle forze dell'ordine possano risultare non adeguate. Tant'è vero che, a pochi giorni dall'entrata in vigore delle misure di restrizione su tutto il territorio nazionale, è stato impiegato l'esercito per le verifiche capillari nelle città<sup>[5]</sup>.

In questa situazione dai contorni del tutto inediti tale attività di controllo ha peraltro un'indubbia rilevanza, in quanto diretta al contenimento della pandemia in corso<sup>[6]</sup>. A fronte dei limiti materiali a cui i controlli "tradizionali" inevitabilmente soggiacciono, appare perciò opportuno considerare come la tecnologia possa supportare l'amministrazione in questo delicato momento.

## **2. La risposta della tecnologia**

Per verificare se, ed in che misura, la tecnologia possa effettivamente e concretamente supportare le amministrazioni pubbliche nella difficile missione di monitorare e controllare lo sviluppo della pandemia, e quindi anche l'efficacia delle relative misure di contenimento, può essere utile verificare quali soluzioni tecnologiche siano state a tal fine introdotte sul mercato, sia dal settore privato sia pubblico, nel poco tempo in cui l'attuale situazione si è sviluppata. Si deve infatti tenere conto non solo delle astratte possibilità che la tecnologia offre, ma anche dei tempi di risposta che l'emergenza impone e, quindi, delle soluzioni che siano effettivamente ipotizzabili in un arco di tempo quanto più breve possibile.

Un primo utile esempio è quello di *AllertaLOM*, un'app disponibile su Apple Store<sup>[7]</sup> e su Google Play Store<sup>[8]</sup> della Protezione Civile della Regione Lombardia ideata per diffondere allerte emesse dal Centro Funzionale Monitoraggio Rischi naturali in previsione di eventi con possibili danni sul territorio regionale.

Con l'emergenza coronavirus l'app è stata dotata di nuove funzionalità onde consentire la partecipazione attiva dei cittadini all'acquisizione dei dati funzionali al monitoraggio del virus, nonché al fine di diffondere informazioni utili sui provvedimenti regionali rilevanti. Come viene spiegato nella descrizione dell'app,

la partecipazione attiva si realizza in questo caso attraverso la compilazione di un sondaggio che *«permette a Regione Lombardia di quantificare il livello di diffusione del contagio e la distribuzione territoriale della positività, sulla base dei sintomi segnalati dagli utenti. I dati raccolti servono per analisi statistiche ed epidemiologiche, fondamentali per aiutare le autorità sanitarie a definire modelli e strategie di contrasto al Coronavirus»*<sup>[9]</sup>.

In tal modo si realizza un interessante caso in cui dati utili all'amministrazione per informare le proprie decisioni sono raccolti direttamente dalla popolazione interessata, così realizzando una forma di co-creazione del patrimonio informativo pubblico. Ciò appare perciò una concreta applicazione di quanto si era proposto in tal senso, proprio al fine di *«consentire la raccolta di dati che l'amministrazione da sola non avrebbe le risorse per acquisire, ma che, se immessi direttamente dai privati, potrebbero comunque assumere un importante ruolo conoscitivo per i soggetti pubblici e per la collettività in generale»*<sup>[10]</sup>.

Un positivo aspetto degno di menzione di tale questionario è che il tutto si svolge in forma completamente anonima. Per l'immissione dei dati non è necessario registrarsi, né viene richiesto di fornire alcun dato personale. Allo stesso modo l'app non richiede neppure l'autorizzazione per rilevare la geolocalizzazione dell'utente. In questo modo, da un lato viene superata ogni barriera alla compilazione del questionario e, dall'altro, è assicurato all'utente che la partecipazione tramite l'invio delle informazioni non potrà comportare un qualsivoglia effetto negativo di carattere individuale. Anche laddove il cittadino indichi chiaramente di avere tutta la sintomatologia del COVID-19, l'amministrazione non potrà direttamente identificarlo.

Tale scelta appare perciò del tutto coerente con la finalità dell'app. Essendo *AllertaLOM* volta alla raccolta di dati su larga scala, la minimizzazione di un qualsiasi ostacolo che avrebbe potuto ridurre la percentuale di partecipazione appare coerente e ragionevole.

Un altro esempio che può contare su una larghissima base utenti è quello del *COVID-19 Community Mobility Reports* introdotto in questi giorni da Google<sup>[11]</sup> al fine di fornire dati utili a combattere il virus COVID-19 a tutte le autorità pubbliche di numerosi Stati del mondo<sup>[12]</sup>. Si tratta di un portale che aggrega in forma anonima i dati sugli spostamenti delle persone così come registrati dall'app Google Maps, specie dai dispositivi mobile. Tale applicazione,

ove la funzionalità sia attivata, monitora in sostanza tutti gli spostamenti in *background* anche quando l'utente non ha richiesto indicazioni stradali.

Come l'esempio di *AllertaLOM*, anche il servizio di Google ha il pregio di aver saputo riutilizzare risorse già disponibili per metterle al servizio della lotta contro il virus. Il vantaggio in questo caso è l'indubbia diffusione delle tecnologie impiegate da Google, il che permette di avere immediatamente numerosissimi dati raccolti a livello globale. Senonché in questo caso la disponibilità di tali dati, e quindi gli utilizzi in concreto che se ne possono fare e perciò l'utilità degli stessi, è rimessa alla decisione di Google. A quanto consta, ad esempio, ad oggi i dati sono visualizzabili solo in formato PDF in una veste grafica per-elaborata. Ciò significa che non è possibile condurre su detti dati attività di analisi personalizzata a seconda delle specifiche esigenze conoscitive di ciascun soggetto. Il che, se pur comunque può produrre una qualche utilità, limita fortemente le opzioni a disposizione dei fruitori di questi report.

In tema di monitoraggio degli spostamenti della popolazione può essere utile segnalare anche l'app denominata *Safepaths* realizzata dal Massachusetts Institute of Technology<sup>[13]</sup>. In questo caso l'app è volta a tracciare tutti gli spostamenti degli ultimi 28 giorni di qualsiasi individuo, ancora negativo, che utilizzi l'app. I dati sulla posizione non vengono tuttavia condivisi con terze parti fintanto che l'utente sia esente da contagio. Viceversa, solo qualora lo stesso risulti positivo, allora i dati della posizione, debitamente anonimizzati, vengono pubblicati. In tal modo tutti coloro che siano venuti a contatto con i luoghi ove sia transitato il soggetto risultato positivo possono averne immediata notizia ed agire di conseguenza.

Anche in questo caso vi è quindi un'utile dimostrazione di come dati utili a contenere l'epidemia possano essere raccolti dalla popolazione attraverso una partecipazione fortemente facilitata dalla tecnologia. In questo caso si è addirittura in presenza di una forma di interazione passiva, in quanto tutta la raccolta dei dati rilevanti sugli spostamenti è svolta dal software, senza necessità di alcuna interazione da parte dell'utente.

Un ulteriore esempio è l'app denominata *PEPP-PT*, acronimo di «*Pan-European Privacy-Preserving Proximity Tracing*». Anche in questo caso la finalità è di interrompere la catena dei contagi informando i soggetti che sono stati potenzialmente esposti al virus<sup>[14]</sup>. In questo caso gli sviluppatori mirano a

conseguire tale risultato non tracciando gli spostamenti, ma ricorrendo invece ai sensori di prossimità normalmente rinvenibili nei dispositivi *mobile* di più ampia diffusione. Come per *Safepaths*, anche qui la preoccupazione degli sviluppatori è di garantire il rispetto della privacy degli utenti, minimizzando od addirittura del tutto escludendo la raccolta di dati personali<sup>[15]</sup>.

### **3. Il problema della frammentazione nell'urgenza della pandemia**

Gli esempi mostrati, ai quali indubbiamente se ne potrebbero aggiungere altri<sup>[16]</sup>, mostrano l'esistenza di un diffuso sentimento volto a contribuire positivamente al superamento della pandemia. D'altro canto, gran parte di questi strumenti per essere efficaci devono godere di una larghissima diffusione affinché possano davvero essere efficaci.

Si tratta di un fenomeno che possiamo ritrovare in molti dei più diffusi servizi di oggi. Si pensi ai c.d. *social network*. Per quanto sotto un profilo informatico un sistema, quale ad esempio *Facebook*, possa essere agevole all'utilizzo, ricco di funzionalità e conveniente per l'utente finale, solo se un numero sufficiente di persone lo usa lo stesso può essere effettivamente efficace. Ciò in quanto un elemento essenziale di tali sistemi è che gli stessi siano utilizzati da una massa critica di soggetti tale da dare contenuto agli strumenti tecnologici.

Così come un servizio di messaggistica, per quanto rapido ed efficiente, è del tutto inutile se non vi è alcuna persona a cui inviare messaggi, del pari un'applicazione che miri a conseguire gli obiettivi di cui agli esempi portati è priva di utilità ove non produca informazioni su una larghissima platea di utenti.

In condizioni normali di mercato sappiamo che la tecnologia, per varie ragioni che non è possibile qui analizzare, tende verso la standardizzazione, sia per quanto riguarda le tecnologie impiegate per la realizzazione dei sistemi informatici stessi<sup>[17]</sup>, sia per quanto riguarda le applicazioni utilizzate dagli utenti. In questo caso si parla del c.d. *tipping point*<sup>[18]</sup>. Ove un servizio riesca ad acquisire una certa soglia di utenti, il cui numero varia in base a diversi fattori, si nota una tendenziale convergenza del mercato verso tale soluzione.

Perché ciò avvenga, tuttavia, è normalmente necessario un certo lasso di tempo, nel quale il mercato, in base alle diverse dinamiche che lo regolano, si orienti verso

l'una o l'altra opzione.

Sotto questo aspetto, tuttavia, occorre considerare che l'emergenza coronavirus impone azioni rapide e tempestive. Con il diffondersi dell'epidemia si aggravano di giorno in giorno le ricadute negative della crisi, sia in termini strettamente sanitari, sia sotto un profilo economico e sociale. Il che perciò impone di superare i normali tempi di diffusione di queste tecnologie, facilitandone la diffusione su larga scala.

#### **4. La necessità di un coordinamento centralizzato**

Al fine di agevolare la diffusione delle soluzioni tecnologiche che meglio possano aiutare le competenti Autorità nello svolgimento delle loro funzioni volte alla tutela della salute pubblica, nonché al superamento della crisi pandemica, appare necessario che vi sia un coordinamento centralizzato. Risulta in altri termini opportuno che, in base alle rispettive competenze, ciascuna Autorità indichi quali strumenti tecnologici possano o debbano essere adottati, anche dai cittadini, al fine di supportare le loro attività.

Ciò potrebbe finanche comportare il forzoso uso di una determinata applicazione, o di un determinato dispositivo, nei limiti ed alle condizioni strettamente necessarie per il raggiungimento del fine perseguito. Ad esempio, si è visto che la raccolta di dati sull'andamento dell'epidemia, così come lo spostamento delle persone, non necessariamente postula l'acquisizione di dati personali. Il che dunque potrebbe suggerire di privilegiare strumenti di questo tipo laddove si voglia chiedere, o demandare, alla popolazione di fare ricorso a strumenti di tale natura. Si tratta, in sostanza, di un'applicazione del principio di proporzionalità, ben noto nel diritto amministrativo italiano ed europeo<sup>[19]</sup>, in ossequio al quale le misure necessarie a fronteggiare la crisi vengano adottate solo nella stretta misura in cui siano effettivamente necessarie, e selezionando solo quelle che comportino il minor impatto per la popolazione amministrata.

Nell'utilizzare il termine "centralizzazione" delle decisioni è naturalmente fondamentale individuare l'opportuno livello di governo. In un sistema pluricentrico come il nostro, ove le competenze sono ripartite dal livello comunale sino ad arrivare alle amministrazioni europee, può non essere semplice l'identificazione dell'amministrazione competente. Ciò dovrà essere svolto di



volta in volta sulla base delle concrete misure da adottare, tenendo tuttavia in debita considerazione che il virus, come ogni elemento naturale, non conosce i confini legali che le nostre società si sono date. Sicché, in aree geograficamente connesse o comunque collegate, si deve ritenere che sia necessaria un'azione quantomeno condivisa. Il che vale sia a livello nazionale, sia a livello sovranazionale, a partire dall'Unione europea<sup>[20]</sup>.

L'esperienza di questa crisi epidemica può in conclusione servire quale presa d'atto della necessità di ricorrere a soluzioni tecnologiche innovative, coordinate e frutto di una reale necessità della collettività. Il tutto senza dimenticare due importanti elementi che sono emersi dagli esempi qui esposti.

In primo luogo, può considerarsi che per introdurre soluzioni innovative non è necessario rivoluzionare o ridisegnare i sistemi già in essere. Come l'esempio lombardo dimostra (*AllertaLOM*), può essere sufficiente adattare ed implementare gli strumenti già in essere, così massimizzando l'utilità delle infrastrutture tecnologiche esistenti.

In secondo luogo, è importante sottolineare che non è necessario affievolire oltremisura i diritti dei privati onde fronteggiare una grave crisi come quella in corso. Pur anche in un contesto in cui le misure adottate limitino drasticamente la libertà di spostamento della popolazione, come anche l'esecuzione della gran parte delle attività normalmente svolte, l'uso della tecnologia può costituire un importante supporto alle attività amministrative, senza che ciò leda ulteriormente i diritti dei cittadini, come gli esempi sopra riportati hanno dimostrato in relazione alla tutela della *privacy*. Anzi, a ben vedere proprio l'uso della tecnologia potrebbe consentire di adottare divieti meno restrittivi, grazie a controlli automatizzati su larga scala che siano in grado di dare maggior effettività ed efficacia alle misure adottate.

1. L'elencazione degli atti normativi adottati a livello statale è disponibile sul sito [https://www.gazzettaufficiale.it/atti/Associati/1/jsessionid=Zwqrd4FZQjDKkdj7CVr8nw\\_\\_ntc-as5-guri2b?areaNode=13](https://www.gazzettaufficiale.it/atti/Associati/1/jsessionid=Zwqrd4FZQjDKkdj7CVr8nw__ntc-as5-guri2b?areaNode=13). Per una lista di una selezione dei materiali ufficiali rilevanti, sia di carattere statale che regionale e locale, si veda la raccolta disponibile su questo sito alla pagina <http://ceridap.unimi.it/speciale-covid-19/>.
2. Recante «*Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*».
3. Si veda l'art. 1, c. 1, lett. a), d.p.c.m. del 22 marzo 2020, ai sensi del quale «*sono sospese tutte*

## CERIDAP

*le attività produttive industriali e commerciali, ad eccezione di quelle indicate nell'allegato 1 e salvo quanto di seguito disposto».*

4. Secondo i dati resi noti dal Ministero dell'Interno al 17 marzo 2020, sono «665.480 le persone controllate dall'11 al 15 marzo dalle Forze di polizia per verificare il rispetto delle prescrizioni adottate dal governo per il contenimento del contagio epidemiologico da Covid-19, noto come Coronavirus. Denunciate complessivamente 27.616 persone nello stesso periodo, a seguito dei controlli. Per quanto riguarda gli esercizi commerciali, i controlli dall'11 al 15 marzo sono stati 317.951. Hanno portato alla denuncia alle autorità di 1.102 esercenti commerciali. Nella giornata di ieri, in particolare, sono state controllate 114.891 persone e 64.114 esercizi commerciali. Sono state, inoltre, denunciati 7.120 persone e 120 esercenti»,  
v. <https://www.interno.gov.it/it/notizie/coronavirus-salgono-665mila-persone-controllate-e-27mila-quelle-denunciate>, data di consultazione: 3 aprile 2020.
5. Si veda ad esempio il comunicato stampa del Ministero dell'Interno relativo alle città di Napoli e Salerno, <https://www.interno.gov.it/it/notizie/piu-soldati-napoli-e-salerno-contro-lemergenza-covid-19>, data di consultazione: 3 aprile 2020.
6. L'Organizzazione Mondiale della Sanità con dichiarazione in data 11 marzo 2020 ha valutato l'epidemia da COVID-19 come «pandemia» in considerazione dei livelli di diffusività e gravità raggiunti a livello globale, v. <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19--11-march-2020>, data di consultazione: 3 aprile 2020.
7. <https://apps.apple.com/it/app/allertalom/id1455220682>
8. <https://play.google.com/store/apps/details?id=it.lispa.sire.app.mobile.allertalom>
9. Estratto della descrizione sugli store di cui ai link delle note precedenti, relativa alla versione 1.5.0 dell'app, data di consultazione: 2 aprile 2020.
10. Si permetta di richiamare quanto suggerito in G. Carullo, *Open Data e partecipazione democratica*, in *Istit. Fed.*, 3, 2019, p. 699.
11. Consultabile al sito <https://www.google.com/covid19/mobility/>.
12. I report sono attualmente disponibili, separatamente, per 131 nazioni, data di consultazione: 3 aprile 2020.
13. Disponibile anch'essa per dispositivi iOS ed Android, per il momento in versione beta sul sito internet del progetto stesso. Alla data di pubblicazione del presente contributo l'app è scaricabile dal sito <https://safepaths.mit.edu/download-safe-paths>.
14. Secondo quanto riportato nella descrizione del software su <https://www.pepp-pt.org/>.
15. Sul sito del progetto di cui alla nota precedente viene spiegato che PEPP-PT mira a garantire «enforcement of data protection, anonymization, GDPR compliance, and security», data di consultazione: 2 aprile 2020.
16. Per ragioni di spazio, nonché per la continua evoluzione dei software che mirano a contribuire alla lotta contro il coronavirus, non è possibile in questa sede fare un'analisi di tutte le soluzioni ad oggi sul mercato.

17. Cfr. M.A. Lemley, *Antitrust and the Internet Standardization Problem*, in *Conn. L. Rev.*, 28, 1996, p. 1041; M.L. Montagnani, *Remedies to Exclusionary Innovation in the High-Tech Sector: Is there a Lesson from the Microsoft Saga?*, in *World Competition*, 4, 2007, p. 623.
18. V. M. Gladwell, *The Tipping Point: How Little Things Can Make a Big Difference*, Little, Brown, New York, NY, 2006.
19. Cfr, per tutti D.U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1998.
20. Sul ruolo dell'Unione europea in relazione alla pandemia COVID-19, si veda J. Ziller, *Unione europea e Coronavirus*, in *CERIDAP*, 2020.

# Appalti pubblici e Corona virus: tra norme e buone prassi

*Stefano D'Ancona*

*L'emergenza derivante dal diffondersi del Covid-19 induce a riflettere sugli strumenti a disposizione delle Pubbliche Amministrazioni per reperire beni, servizi e lavori necessari a fronteggiare il fabbisogno delle strutture sanitarie. L'analisi si soffermerà sulle norme del Codice dei contratti pubblici, sulle Ordinanze nn. 630 e 639/2020 del Capo del Dipartimento Protezione Civile, nonché sulla recente Comunicazione della Commissione Europea 1.04.2020.*

*[Public procurement and Coronavirus: between regulatory rules and best practices]: The emergency caused by the Covid-19 pandemic leads us to reflect on tools that Public Administrations can use on public procurement contracts (services, supplies, works) about healthcare. The analysis will focus on italian "Public Contract Code", on Ordinances n. 630 and 639/2020 (Civil Protection Department), and European Commission Communication 1.04.2020.*

## **1. Premessa**

Al fine di rendere le procedure di appalto più adeguate a fronteggiare l'emergenza sanitaria del Corona virus, lo Stato italiano è intervenuto in questi ultimi mesi con diverse previsioni. Alcune, di più vasta portata, incorporate nelle Ordinanze emesse dal Capo del Dipartimento della Protezione Civile (3 e 25 febbraio 2020) che hanno derogato a diverse disposizioni del Codice dei contratti pubblici, altre di ambito piuttosto circoscritto, contenute in norme ordinarie di modifica al Codice.

Nel presente contributo si tratterà una breve analisi sulle previsioni e sul loro impatto rispetto al quadro normativo attuale.

## **2. Le regole degli appalti pubblici ai tempi del Coronavirus. Le Ordinanze nn. 630 e 639 del 2020**

Senza potersi in questa sede dedicare all'analisi dello specifico strumento dell'ordinanza contingibile e urgente come mezzo straordinario di amministrazione attiva e di deroga alla normativa vigente<sup>(1)</sup>, si esamineranno nel presente paragrafo le previsioni contenute nelle Ordinanze n. 630 e 639 del 5 e 25 febbraio 2020 del Capo del Dipartimento della Protezione Civile – Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Le previsioni di cui all'Ordinanza n. 630/20 sono piuttosto significative e costituiscono importante riferimento per tutte le procedure di gara che, in questo periodo, sono state – e verranno – avviate per fronteggiare l'emergenza sanitaria.

In apertura, l'Ordinanza individua nel Capo del Dipartimento e nei c.d. Soggetti attuatori<sup>(2)</sup> i soggetti legittimati a realizzare gli interventi connessi al superamento dell'emergenza (tra cui acquisti di forniture e servizi emergenziali)<sup>(3)</sup>.

Nell'ambito della loro attività di acquisizione di appalti per lavori, forniture e servizi per gestire l'emergenza sanitaria, l'Ordinanza stabilisce che i predetti Soggetti possano avvalersi delle procedure di cui agli artt. 63 e 163 del Codice dei contratti pubblici (D.lgs. 50/16) (cfr. art. 3 comma 2 Ordinanza n. 630/2020).

L'art. 63 disciplina la procedura negoziata senza pubblicazione di bando, i cui presupposti possono essere, tra gli altri, l'urgenza rispetto a cause non prevedibili (e dunque anche emergenza sanitaria) oppure il fatto che il lavoro, fornitura o servizio non possano essere forniti solamente da un operatore per motivi tecnici o per altre ragioni (es. forniture sanitarie sottoposte a brevetto o talmente innovative da venir fornite solo da un soggetto sul mercato).

L'art. 163, rubricato "Procedure in caso di somma urgenza e di protezione civile", prevede invece che in circostanze di somma urgenza che non consentono alcun indugio, il responsabile del procedimento e il tecnico dell'amministrazione competente che si reca prima sul luogo, può disporre, contemporaneamente alla redazione del verbale, in cui sono indicati i motivi dello stato di urgenza, le cause che lo hanno provocato e i lavori necessari per rimuoverlo, la immediata esecuzione dei lavori entro il limite di 200.000 euro o di quanto indispensabile per rimuovere lo stato di pregiudizio alla pubblica e privata incolumità.

Questa disposizione è applicabile essenzialmente agli appalti di lavori in

circostanze di emergenza, ed è dunque di più frequente applicazione in altri tipi di emergenze (es. terremoto). Mentre l'art. 63 copre le restanti tipologie di appalto (servizi e forniture).

Si tratta, in entrambi i casi, comunque, di procedure estremamente semplificate e adeguate all'acquisto in tempi ridottissimi.

Oltre a quanto già previsto dalle norme, tuttavia, l'Ordinanza prevede che, nell'ambito del procedimento di cui all'art. 163, i Soggetti attuatori possano derogare i tempi previsti per alcuni adempimenti funzionali ad assicurare la regolarità del procedimento di gara e dell'aggiudicazione (art. 3 c. 2 Ordinanza n. 630/2020)<sup>[4]</sup>.

Invece, con riferimento all'art. 63, viene precisato che è possibile derogarvi «*al fine di accelerare la procedura di scelta del contraente*» e avviare, per ragioni di estrema urgenza a tutela della salute e dell'ambiente, «*interventi infrastrutturali*» (ci si potrebbe riferire a ristrutturazioni ospedaliere per rendere le strutture più capienti ed efficienti in considerazione dell'aumento esponenziale di ricoverai) (art. 3 comma 3 Ordinanza).

Quest'ultima previsione, che riguarda esclusivamente appalti di lavori, sembra ridondante, in quanto già l'art. 63 del Codice, delineando una procedura di negoziazione estremamente informale, non impone all'Amministrazione aggiudicatrice il rispetto dei termini di cui alle procedure ordinarie.

L'unica prescrizione, a cui dunque pare potersi riferire l'Ordinanza, è, allora, quella di cui al comma 6 dell'art. 63, ove il legislatore codicistico ha imposto che il confronto nell'ambito della procedura negoziata senza pubblicazione del bando avvenga tra «*almeno cinque concorrenti se sussistono in tal numero soggetti idonei*» (art. 63 c. 6).

Ad una prima conclusione, dunque, la procedura di cui all'art. 63 (oltre all'art. 163, più specifica per i lavori) è stata considerata la più adatta per fronteggiare le esigenze di reperire risorse nel periodo di emergenza sanitaria.

Si tratta di un'impostazione che, recentemente, pare aver avuto l'avallo della Commissione Europea che, come si vedrà, in una recentissima Comunicazione, ha affermato che la procedura competitiva con negoziazione senza pubblicazione di bando «*consente agli acquirenti pubblici di negoziare direttamente con i potenziali contraenti e non sono previsti obblighi di pubblicazione, termini, numero minimo di candidati da consultare o altri obblighi procedurali. Nessuna*

*fase della procedura è disciplinata a livello dell'UE. Questo significa, nella pratica, che le autorità possono agire il più rapidamente possibile, nei limiti di quanto tecnicamente/fisicamente realizzabile, e la procedura può costituire, di fatto, un'aggiudicazione diretta, soggetta unicamente ai vincoli fisici/tecnici connessi all'effettiva disponibilità e rapidità di consegna»<sup>151</sup>.*

Oltre alla scelta in ordine alla procedura, l'Ordinanza n. 630/2020, all'art. 3 commi 2 e 3, contiene un ampio ventaglio di deroghe al Codice.

La *ratio* di tali deroghe è di consentire ai Soggetti attuatori più “margine di manovra” per la realizzazione delle attività di cui all'Ordinanza, sia che esse avviano una procedura ex art. 63 o 163, sia che gestiscano le gare con le procedure ordinarie (aperta o ristretta).

Tali deroghe sono in concreto possibili nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico, della direttiva del Consiglio dei ministri del 22 ottobre 2004 e dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario.

Senza entrare nei particolari, va evidenziato che si tratta di moltissime disposizioni, tra cui le disposizione in tema di programmazione (art. 21), nonché quelle relative alle modalità di affidamento, alle soglie comunitarie, nonché norme più procedurali, concernenti le modalità delle comunicazioni in corso di gara, il documento di gara unico europeo, le modalità di esclusione automatica (artt. 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 40, 52, 85, 95), la pubblicità sia dell'avvio della gara (artt. 70, 72, 73, 76) che della conclusione (art. 98).

Ponendo l'attenzione sulle norme richiamate, si nota che, accanto alle deroghe con finalità di semplificazione delle procedure per adeguarle alla tempistica del contesto emergenziale, se ne possono individuare altre di natura più sostanziale.

In questo ultimo senso, ad esempio, l'Ordinanza consente l'acquisizione di beni e servizi omogenei e analoghi, caratterizzati da regolarità da rinnovare periodicamente entro il periodo emergenziale derogando la norma in materia di soglie (art. 35)<sup>161</sup>. La previsione, è stata evidentemente congegnata per permettere plurimi acquisiti di forniture e servizi standard utili per la gestione dell'emergenza sanitaria (in realtà, è pensabile che gli stessi possano essere acquisiti mediante accordi quadro).

Ed ancora, è prevista la possibilità di derogare alle norme in materia di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle Centrali di committenza (art. 37-38)<sup>171</sup>, etc..

Un altro nucleo di possibili deroghe “di sostanza” è costituito dal riferimento alle norme che disciplinano i diversi tipi di procedure per l’affidamento.

Nonostante, come visto, già in apertura del comma 2 dell’art. 3, l’Ordinanza designa la procedura competitiva con negoziazione senza pubblicazione di bando quale procedura “principe” nel periodo di emergenza sanitaria, al comma 3 dell’art. 3 è consentita anche la deroga agli artt. 60, 61 ove i soggetti attuatori avviassero le procedure ordinarie (aperta o ristretta). È dunque evidente che in tal caso, i Soggetti attuatori, in virtù dell’urgenza, dovrebbero restringere i termini previsti nella disciplina.

Rimane tuttavia la perplessità che tale previsione possa trovare realmente un’applicazione, prova ne è il fatto che gli appalti “emergenziali” sono stati finora acquisiti per lo più mediante la procedura di cui all’art. 63.

Altra deroga rilevante è riferita ai criteri di selezione delle offerte.

È noto che, secondo l’impostazione codicistica, il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa costituisce il criterio di selezione generale e che quello del massimo ribasso è consentito solamente per alcuni tipi di appalti rigidamente previsti dalle norme.

Ebbene, l’Ordinanza prevede la possibilità di deroga all’art. 95 del Codice, consentendo che il criterio di aggiudicazione con il prezzo più basso sia adottato anche al di fuori delle ipotesi configurate nella norma.

L’Ordinanza prevede poi la possibilità di utilizzare, come Responsabili dei procedimenti di gara, in deroga all’art. 24 del Codice (in tema di progettazione), soggetti che si distinguano per competenza e che tuttavia sono dipendenti di ruolo presso altri enti pubblici, «*in caso di assenza o insufficienza di personale interno in possesso dei requisiti necessari all’espletamento degli incarichi e dell’incremento delle esigenze di natura tecnico-progettuali derivanti dalle esigenze emergenziali*» (comma 3 art. 3, Ordinanza n. 630/2020).

Analogamente, sono possibili deroghe alle norme in materia di affidamento incarichi di progettazione (Artt. 25, 26, 27, 157 Codice dei contratti pubblici).

Riguardo alle norme sull’esecuzione degli appalti, compare la possibilità di derogare alla norma in materia di subappalto (art. 105) e di varianti in corso d’opera. Ciò ha lo scopo di consentire varianti anche se non previste nei documenti di gara iniziali; è consentito anche di derogare ai termini previsti dai commi 8 e 14 per gli adempimenti nei confronti di ANAC (art. 106).



L'Ordinanza aggiunge infine regole di ingaggio più elastiche nel controllo dei requisiti di partecipazione alle gare che tuttavia riprendono disposizioni già presenti nel Codice dei contratti.

In questo senso, per rendere le procedure più celeri, al comma 4 dell'art. 3 viene stabilito che, al momento della presentazione dei documenti relativi alle procedure di affidamento, i soggetti attuatori (art. 1 c. 1) anche in deroga agli articoli 81 ed 85 del Codice, accettino autocertificazioni, rese ai sensi del DPR 445/2000, circa il possesso dei requisiti per la partecipazione alle gare.

Tuttavia, una disposizione analoga è già contenuta nell'art. 163 c. 7 del Codice, laddove il legislatore ordinario ha stabilito che nelle procedure in caso di somma urgenza (art. 167) e competitive con negoziazione senza pubblicazione del bando avviate d'urgenza (art. 63 c. 2 lett. c), gli affidatari dichiarano mediante autocertificazione il possesso dei requisiti.

Le Amministrazioni aggiudicatrici, in questo caso, devono verificare il possesso dei requisiti entro 60 gg.: ogni pagamento, anche parziale non è possibile in caso di mancata verifica.

Un'altra sintesi di quanto già previsto nel Codice è contenuta nel comma 5 dell'art. 3 dell'Ordinanza.

È disposto infatti che, ai fini dell'acquisizione di lavori, beni e servizi strettamente connessi alle attività di cui all'Ordinanza stessa, i Soggetti attuatori provvedono alla selezione del contraente mediante procedura di cui all'art. 63 previa selezione *«di almeno cinque operatori economici»* (art. 3 c. 5 Ordinanza).

A tal fine, vengono effettuate le verifiche circa il possesso dei requisiti, secondo *«le modalità descritte all'art. 163, comma 7, del decreto legislativo n. 50/2016»* (art. 3 c. 5, cit.). Ove esistenti, tali operatori sono selezionati all'interno delle *white list* delle Prefetture.

La disciplina sopra delineata non fa altro che riprendere lo scheletro procedurale contenuto nel comma 6 dell'art. 63 relativo alla gara negoziata senza pubblicazione di bando.

Tenuto conto dell'urgenza di acquisire forniture, servizi e lavori per fronteggiare l'emergenza, il Dipartimento di Protezione Civile e i Soggetti attuatori possono prevedere penalità adeguate all'urgenza anche in deroga a quanto previsto dall'art. 113-*bis* del decreto legislativo n. 50/2016 e lavorazioni su più turni giornalieri, nel rispetto delle norme vigenti in materia di lavoro (comma 6 art. 3 Ordinanza).

L'art. 4 dell'Ordinanza n. 630/2020 si occupa invece della progettazione, prevedendo un procedimento *ad hoc* per affrontare con urgenza esigenze di costruzione. I tempi di proposta e approvazione dei progetti sono stretti in tempi molto stringati: è significativo che per l'eventuale procedimento di valutazione d'impatto ambientale in ordine al progetto sono previsti 15 giorni.

Ulteriori misure finalizzate al superamento del contesto emergenziale sono contenute nell'Ordinanza 25 febbraio 2020 n. 639 che è più modesta nei contenuti rispetto all'Ordinanza n. 630/20

A differenza rispetto alla precedente, infatti, il provvedimento del Capo della Protezione civile è circoscritto ad una categoria di forniture (i DPI: ossia mascherine, camici, guanti e occhiali).

L'Ordinanza prevede che l'acquisto dei DPI è svolto dalla Protezione Civile, senza la mediazione di alcuna procedura in particolare (si parla di «*ordini d'acquisto*», c. 1 art. 1), e che la stessa opera in base ai fabbisogni rappresentati dai Soggetti attuatori di cui alla precedente Ordinanza.

Testualmente, il Dipartimento delle Protezione Civile provvede «*all'acquisizione dei dispositivi di protezione individuali (DPI) così come individuati dalla circolare del Ministero della salute prot. n. 4373 del 12 febbraio 2020. Gli ordini di acquisto del Dipartimento della protezione civile e delle Amministrazioni di cui al comma 2 hanno priorità assoluta rispetto ad ogni altro ordine anche già emesso. È inoltre fatto divieto di esportare DPI fuori dal territorio nazionale senza previa autorizzazione del Dipartimento della protezione civile*» (comma 1 art. 1).

Al comma 2 è previsto che «*le amministrazioni del Comparto della sicurezza, della difesa e del soccorso pubblico ed il Ministero della salute provvedono direttamente ed autonomamente alle acquisizioni dei dispositivi di cui al comma 1 previa autorizzazione del Dipartimento della protezione civile, ferma restando la possibilità delle Regioni e Province autonome di acquistare direttamente*».

Se da una parte dunque la Protezione civile ha preso in carico questo acquisto, è prevista la possibilità che anche le Regioni provvedano esse stesse per i propri fabbisogni.

Infine l'Ordinanza n. 639/20, integrando la precedente, prevede che «*in deroga al comma 18 dell'articolo 35, è possibile corrispondere al fornitore l'anticipazione del prezzo fino alla misura del cinquanta per cento del valore del contratto anche in assenza della costituzione di garanzia fidejussoria bancaria o assicurativa ivi*

*prevista, ovvero anche in misura superiore al cinquanta per cento ove necessario previa adeguata motivazione»* (l'art. 35 del Codice prevede un'anticipazione non superiore al 20%). Anche in materia di garanzie per la partecipazione alle gare e per le garanzie definitive (artt. 93 e 103) è prevista la possibilità di deroga.

È evidente in queste disposizioni, lo sforzo dello Stato di incentivare economicamente tutte le forze produttive del Paese affinché le stesse si mettano a disposizione per fronteggiare l'imponente domanda di beni, servizi e lavori necessari per rafforzare i servizi sanitari e, in generale, per gestire la crisi. testo citato va tra virgolette ed in corsivo con i riferimenti in nota, ad esempio.

### **3. Strumenti “ordinari” di gestione della crisi. Le gare CONSIP**

Come già osservato, nonostante l'Ordinanza n. 630/2020 costituisca un utile supporto attraverso il quale i Soggetti attuatori<sup>(8)</sup> trovano copertura per la gestione delle gare di beni servizi e lavori per l'emergenza, va considerato come già l'armamentario normativo messo a disposizione dal Codice dei contratti pubblici non fosse del tutto inadeguato a tal fine.

La stessa Ordinanza, oltre a prevedere una serie di deroghe rispetto alle disposizioni in vigore in materia di appalti, traccia il disegno delle procedure per l'emergenza Corona virus, rinviando all'art. 63 (procedura competitiva con negoziazione senza pubblicazione del bando) e all'art. 163 (procedura in caso di somma urgenza e di protezione civile) del Codice stesso (cfr. art. 3 comma 2 Ordinanza n. 630/2020).

In altri termini l'Ordinanza si rifà alle discipline “straordinarie” contenute nelle norme ordinarie.

Con riferimento all'art. 63 si tratta di una norma che, spesso abusata per eludere le norme di garanzia contenute nel Codice, oggi, grazie alla copertura fornita dall'Ordinanza, si riscopre di massima utilità anche per le Amministrazioni meno abituate ad una gestione “dinamica” degli appalti.

I benefici che derivano dall'utilizzo di questo modulo procedimentale semplificato sono evidenti e la norma è abbastanza elastica da poter essere utilizzata nei periodi di emergenza da qualsiasi Amministrazione, e dunque anche da un'Amministrazione che non sia inclusa nell'ambito soggettivo di

applicazione di cui all'Ordinanza n. 630/20 (i c.d. Soggetti attuatori).

Si consideri che l'art. 63 al comma 2 lett. c), come noto, prevede che quando i termini per le procedure ordinarie non possano essere rispettati «*e ciò dipenda da eventi imprevedibili che richiedono l'approvvigionamento con urgenza*», le Amministrazioni possono ricorrere alle procedure negoziate senza pubblicazione di bando. Ma anche al comma 2 lett. b), si riscontra una norma che potrebbe essere particolarmente utile nel corso di questa emergenza e potrebbe riguardare appalti particolarmente complessi dal punto di vista tecnico o innovativi (ad esempio, un prodotto brevettato).

Se in quest'ultimo caso è consentita la negoziazione con un solo operatore, nella prima ipotesi (urgenza per circostanze imprevedibili), al fine di aggiudicare l'appalto, le amministrazioni devono individuare l'aggiudicatario attraverso una consultazione informale del mercato e la selezione di almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei. Tale previsione è ripresa in maniera pressoché identica dall'art. 3 comma 5 dell'Ordinanza n. 630/20.

Nella prassi l'utilizzo della procedura negoziata di cui all'art. 63 ha trovato riscontro. È proprio tale procedura che ha permesso a CONSIP, quale soggetto attuatore<sup>[9]</sup>, di acquistare, dal 5 marzo al 12 marzo, appalti per un valore complessivo di 445 milioni di Euro (si tratta della circostanza che CONSIP avrebbe bandito 4 gare<sup>[10]</sup>).

Nonostante la percezione generale di un immobilismo amministrativo dunque, non si può non constatare la celerità con cui si è svolta, ex art. 63 c. 2 lett. c) del Codice, la gara per l'affidamento di accordi quadro per la fornitura di dispositivi di protezione individuali e apparecchiature elettromedicali destinati all'emergenza COVID-19<sup>[11]</sup>.

La maxi gara (importo massimo a base d'asta € 253.260.871 criterio di aggiudicazione, massimo ribasso) è stata suddivisa in diciotto lotti aventi ad oggetto i beni più disparati per il fabbisogno delle strutture sanitarie: aspiratori elettrici, centrali di monitoraggio per terapia intensiva, ecografi portatili, elettrocardiografi, tomografi computerizzati, mascherine chirurgiche e di altra tipologia, camici, guanti di diversi tipi, detergenti e soluzioni disinfettanti etc..

Certo, non sono mancati gli inconvenienti, probabilmente dovuti anche al fatto che molte forniture sono di difficile reperimento sul mercato nazionale in ingenti quantità<sup>[12]</sup>.

Tuttavia, si consideri che la procedura è stata avviata il 9 marzo 2020 e si è conclusa per tutti i lotti tra il 12 e il 17 marzo 2020.

In alcuni casi, la Centrale di committenza dello Stato ha utilizzato un'altra ipotesi della procedura negoziata senza pubblicazione di bando e cioè quella di cui all'art. 64 comma 2 lett. b, nn. 2 e 3) che consente tempi ancora più rapidi, potendo l'Amministrazione contrattare con un solo operatore.

Si tratta di prodotti (kit diagnostici per Coronavirus) che per particolarità possono essere acquisiti da un solo fornitore che li produce: in questo caso, i documenti di gara (lettera di richiesta di offerta e capitolato) sono stati pubblicati in data 11 marzo 2020 e l'aggiudicazione è avvenuta in data 12 marzo 2020.

Si consideri che nella citata gara, CONSIP per una fornitura di valore pari a € 1.130.000 e l'appalto è stato aggiudicato all'importo di € 900.308<sup>[13]</sup>.

È pleonastico considerare che, nonostante gli sforzi compiuti per incrementare e accelerare gli acquisiti, si sia pervenuti ad un risultato che ancor oggi non soddisfa la domanda, proprio perché il mercato nazionale non riesce a coprire i fabbisogni dell'emergenza sanitaria.

Va rilevato, tra l'altro, che, sulla scia della necessità di reperire le forniture per l'emergenza (DPI, in particolare mascherine), sono sorte polemiche tra alcune Regioni italiane e il Dipartimento della Protezione Civile, in ordine alle caratteristiche tecniche, di beni acquisiti dal Dipartimento stesso in qualità di compratore pubblico e critiche non sono mancate con riferimento al presunto mancato coordinamento del Dipartimento stesso con gli altri soggetti attuatori<sup>[14]</sup>.

Si tenga infatti conto che, come esposto, in virtù dell'ultima Ordinanza (n. 639/20), il Capo della Protezione Civile può procedere, a beneficio delle Amministrazioni, all'acquisto di DPI mediante ordini diretti e dunque con più margine d'azione (e rischio di errore...) rispetto agli altri soggetti attuatori più specializzati come CONSIP.

A temperare le polemiche da ultimo sorte, va constatato che il comma 2 dell'art. 1 della stessa Ordinanza n. 639/2020 lascia ferma la possibilità delle Regioni e Province autonome di acquistare direttamente i DPI (e dunque anche mascherine e altri dispositivi di protezione personale).

#### **4. Le nuove sfide messe in campo dall'Europa. La Comunicazione della Commissione Europea 1 aprile 2020 relativa agli appalti pubblici nella situazione di emergenza connessa alla crisi della COVID-19**

È stata da poco pubblicata la Comunicazione della Commissione recante “Orientamenti della Commissione europea sull’utilizzo del quadro in materia di appalti pubblici nella situazione di emergenza connessa alla crisi della Covid-19”<sup>[15]</sup>. Il documento si pone l’obiettivo di orientare le Pubbliche Amministrazioni nazionali nel quadro della normativa sugli appalti durante il periodo dell’emergenza.

Secondo la Commissione la crisi sanitaria causata dalla Covid-19 *«richiede soluzioni rapide e intelligenti, come pure agilità nella gestione dell’enorme aumento della domanda di beni e servizi simili, che si verifica proprio nel momento in cui determinate catene di approvvigionamento sono interrotte»* (Comunicazione, par. 1, 1° Capoverso).

Gli acquirenti pubblici degli Stati membri *«si trovano in prima linea per quanto riguarda la maggior parte di questi beni e servizi»* (Com., *idem*). Essi devono garantire la disponibilità dei dispositivi di protezione individuale *«quali mascherine e guanti protettivi, dispositivi medici, in particolare ventilatori polmonari, altre forniture mediche, ma anche di infrastrutture ospedaliere e informatiche, solo per fare alcuni esempi»* (Comunicazione, par. 1, 1° Capoverso).

In questo quadro le opzioni operative proposte dalla Commissione sono:

1. Riduzione dei termini delle procedure aperte e ristrette in rapporto all’emergenza;
2. Procedure negoziata senza pubblicazione di bando
3. Ricerca di soluzioni alternative interrogando il mercato (par. 1, 4° Capoverso).

Al fine di accelerare gli appalti, la Commissione prevede la possibilità delle Amministrazioni aggiudicatrici di contattare in ogni modo i possibili contraenti, nell’Ue o fuori dall’Ue, incaricare agenti che abbiano contatti migliori nei mercati, inviare rappresentanti direttamente nei paesi che dispongono delle

necessarie scorte e possono provvedere a una consegna immediata, contattare potenziali fornitori per concordare un incremento della produzione oppure l'avvio o il rinnovo della produzione.

La Commissione si rende conto dell'aumento eccezionale della domanda di determinati beni, prodotti e servizi rispetto all'offerta sul mercato: la soluzione a tale problema sarebbe dunque quello di *«cercare soluzioni alternative e possibilmente innovative, che potrebbero già essere disponibili sul mercato o potenzialmente fruibili in tempi (molto) rapidi»* (par. 1, 8° Capoverso). Gli acquirenti pubblici in questo senso devono individuare *«soluzioni e interagire con i potenziali fornitori al fine di valutare se tali alternative soddisfino le loro esigenze»* (par. 1, *idem*).

Proprio su questo aspetto, che probabilmente è il punto più debole del compratore pubblico italiano, la Commissione insiste. Il quadro dell'UE, si osserva, *«conferisce agli acquirenti pubblici piena facoltà di interagire con il mercato e di impegnarsi in attività di matchmaking (incontro tra domanda e offerta)»* (par. 1, 9° Capoverso). Gli esempi sono molteplici e la Commissione richiama varie possibilità di interazione con il mercato per stimolare l'offerta.

Le procedure urgenti, afferma la Commissione, *«potrebbero rivelarsi uno strumento più affidabile per ottenere un miglior rapporto qualità-prezzo e un accesso più ampio alle forniture disponibili»* (par. 1, *idem*). La soluzione è intravista nell'utilizzo di strumenti digitali innovativi per suscitare interesse negli operatori in grado di proporre soluzioni alternative. In questo senso, possono essere organizzati eventi *«per trovare nuove soluzioni che consentano di riutilizzare le mascherine protettive dopo idonea pulizia, per promuovere idee su come proteggere in modo efficace il personale medico e per individuare metodi di rilevamento del virus nell'ambiente etc.»*. I compratori pubblici *«possono inoltre collaborare più strettamente con ecosistemi di innovazione o reti di imprenditori, che potrebbero proporre soluzioni»* (par. 1, *idem*).

Nei paragrafi successivi la Commissione compie un riepilogo dei termini di tutte le procedure, sia ordinarie che straordinarie (e cioè procedure competitive con negoziazione senza pubblicazione del bando).

L'emergenza implica la necessità per le Amministrazioni di avviare procedure diverse rispetto a quelle ordinarie che, normalmente, richiederebbero dai 15 ai 10 giorni solo per la presentazione delle offerte (accelerata aperta oppure ristretta).

In conclusione «*le procedure negoziate senza previa pubblicazione possono dare la possibilità di soddisfare le esigenze immediate*» e servono a colmare la lacuna fino a quando non sarà possibile trovare soluzioni più stabili, quali contratti quadro di forniture e servizi aggiudicati tramite procedure regolari (comprese quelle accelerate) (par. 2.3.4).

## **5. Le modifiche intervenute sul Codice dei contratti pubblici ad opera del D.L. 18/2020**

Qualche cenno meritano le modifiche al Codice dei contratti pubblici introdotte dal D.L. 18/20 che tuttavia intervengono in maniera marginale sul Codice dei contratti.

Si tratta principalmente di misure che dovrebbero incentivare le imprese private a contribuire all'offerta di beni e servizi per l'emergenza.

L'art. 91 del D.L. 18/20 prevede che all'art. 35 c. 18 del Codice dei contratti sia aggiunta la previsione per cui è permesso di erogare le anticipazioni di cui alla stessa norma anche nei casi di consegna in via d'urgenza ai sensi del comma 8 dello stesso art. 35.

È evidente, in questa disposizione, la finalità di sostenere gli appaltatori a cui sia affidato un contratto di appalto strettamente connesso con la risoluzione di problematiche emergenziali.

Altre disposizioni contenute nel decreto invece sono connesse alla finalità di semplificazione.

A questo proposito l'art. 99 del D.L. 18/20 dispone che nella vigenza dello stato di emergenza deliberato dal Consiglio dei ministri in data 31 gennaio 2020 e, in ogni caso sino al 31 luglio 2020, siano consentiti «*affidamenti diretti, senza previa consultazione di due o più operatori economici*», se ricorrono, in via congiunta, i seguenti elementi:

1. l'affidamento avvenga da parte di Aziende, Agenzie e di enti del Servizio sanitario nazionale;
2. l'acquisizione riguardi forniture e servizi da utilizzare nelle attività di contrasto dell'emergenza COVID-19;
3. l'acquisizione sia finanziata in via esclusiva tramite donazioni di persone



- fisiche o giuridiche private, ai sensi dell'art. 793 c.c.;
4. l'acquisizione sia per importi non superiori alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50;
  5. l'affidamento sia conforme al motivo delle liberalità.

La norma precisa che per le erogazioni liberali ciascuna pubblica amministrazione beneficiaria attua apposita rendicontazione separata. Al termine dello stato di emergenza nazionale da COVID-19, tale separata rendicontazione dovrà essere pubblicata da ciascuna pubblica amministrazione beneficiaria sul proprio sito internet o, in assenza, su altro idoneo sito *internet*, al fine di garantire la trasparenza della fonte e dell'impiego delle suddette liberalità.

Per come delineata, si ritiene che la norma avrà un effetto molto limitato essendo applicabile solamente agli appalti di servizi e forniture sotto soglia, interamente finanziati da donazioni di privati.

L'art. 75 prevede una semplificazione per una particolare specie di appalti pubblici, cioè quelli a contenuto tecnologico.

Secondo la norma, le amministrazioni aggiudicatrici, sono autorizzate, sino al 31 dicembre 2020 ad acquistare «*beni e servizi informatici*», preferibilmente basati sul modello cloud SaaS (*software as a service*), nonché «*servizi di connettività*», «*mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara ai sensi dell'articolo 63, comma 2, lett. c), del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*» selezionando l'affidatario tra almeno quattro operatori economici, di cui almeno una «*start-up innovativa*» o una «*piccola e media impresa innovativa*», iscritta nell'apposita sezione speciale del registro delle imprese (art. 75 c. 1 D.L.).

Si ritiene che con questa norma apparentemente fuori contesto, il legislatore abbia pensato ad una possibile declinazione degli appalti innovativi come strumenti essenziali per il superamento della crisi.

Infine, al comma 3 dell'art. 75, per semplificare il procedimento, rispetto agli oneri per le imprese, il legislatore ha previsto che le amministrazioni «*possono stipulare il contratto previa acquisizione di una autocertificazione dell'operatore economico aggiudicatario attestante il possesso dei requisiti generali, finanziari e tecnici, la regolarità del DURC e l'assenza di motivi di esclusione secondo segnalazioni rilevabili dal Casellario Informativo di ANAC, nonché previa verifica del rispetto delle prescrizioni imposte dalle disposizioni del codice delle leggi*

*antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159».* Al termine delle procedure di gara, le amministrazioni stipulano immediatamente il contratto ed avviano l'esecuzione degli stessi, anche in deroga ai termini di cui all'articolo 32 del decreto legislativo n. 50 del 2016 (in particolare commi 8 e 9). Si rammenta che tali termini sono stati previsti a garanzia degli altri concorrenti per permettergli l'impugnazione dell'aggiudicazione prima della stipulazione del contratto.

## **6. Brevi conclusioni**

Da quanto esposto emerge come la situazione emergenziale abbia spinto l'ordinamento nazionale e sovranazionale a rivalutare le procedure competitive con negoziazione senza pubblicazione del bando.

Le stesse garantirebbero approvvigionamenti in tempi rapidi per le strutture sanitarie impegnate nella cura dei pazienti contagiati dal Corona virus.

Le misure sono state calate in disposizioni provvisorie (contenute nelle ordinanze) nonché in norme ordinarie (si pensa in particolare all'art. 75 D.L. 18/20).

Certamente, l'esperienza porta a considerare che fenomeni complessi possano essere gestiti solamente cambiando l'ottica sulle procedure. Una notazione che dovrebbe indurre le Amministrazioni italiane –anche dopo l'emergenza - ad abbandonare cattive prassi che hanno l'unico effetto (non utile) di rendere difficile ogni acquisto, anche il più essenziale.

La posizione della Commissione risulta ancora più progressista: la procedura competitiva con negoziazione senza pubblicazione del bando *«potrebbero rivelarsi uno strumento più affidabile per ottenere un miglior rapporto qualità-prezzo e un accesso più ampio alle forniture disponibili»* (par. 1, Capoverso 9°). E questo appare un paradosso, considerando che la procedura senza pubblicazione di bando implica un'oggettiva limitazione della concorrenza <sup>[16]</sup>. Ma da ciò non se ne deduce, per seguire l'impostazione della Commissione, che non sia proprio questa la procedura migliore in specifiche circostanze <sup>[17]</sup>.

Un'ulteriore osservazione va posta all'attenzione del lettore.

La visione strategica della Commissione europea è piuttosto chiara e risuona con altri documenti istituzionali <sup>[18]</sup>: di fronte alla scarsità dell'offerta sul mercato per

fronteggiare l'emergenza le Amministrazioni pubbliche degli Stati membri devono affidarsi a moduli di confronto con il mercato "flessibili" rispetto alle consuete modalità di approccio.

La Commissione parla di attività di *matchmaking* (incontro tra domanda e offerta): in questo le procedure elettroniche e nuove forme di confronto a distanza potrebbero essere preziosi alleati. Si propone, nella Comunicazione, l'organizzazione di eventi *hackathon* per trovare nuove soluzioni che consentano di riutilizzare le mascherine protettive dopo idonea pulizia, per promuovere idee su come proteggere in modo efficace il personale medico e per individuare metodi di rilevamento del virus nell'ambiente, etc..

È evidente che solamente raccogliendo questa sfida i compratori pubblici saranno in grado di stimolare gli operatori del mercato ad attuare soluzioni, anche innovative, per soddisfare i fabbisogni emergenziali delle comunità nazionali.

Ma questa sembra evidentemente, oltre che una sfida per il presente, una sfida per il futuro se si vorranno porre le basi per un rilancio delle economie nazionali dopo la dura pausa forzata.

E questo agevola un'ultima considerazione.

Seppure alcune modifiche contenute nell'ultimo D.L. possano essere salutate con favore per far fronte all'emergenza, non si può condividere la scelta di inserire disposizioni transitorie in una disciplina generale quadro quale quella contenuta nel Codice degli appalti (ad esempio, l'art. 99 regna fino al 31 luglio 2020 e il 75 fino al 31 dicembre 2020).

Peraltro c'è da sperare che il legislatore stia pensando a quali saranno le misure serie per rivitalizzare il mercato e incentivare gli operatori economici a partecipare alle gare pubbliche. E ci si riferisce ad altre tipologie di appalti – ad esempio infrastrutturali – che possano risollevarle le sorti economiche del Paese dopo la calamità sanitaria.

La ripresa potrà avvenire solamente da un generale ripensamento di sistema in grado di "spingere gentilmente" le pubbliche amministrazioni all'attivazione di buone prassi<sup>[19]</sup> che consentano acquisti efficienti e pagamenti tempestivi<sup>[20]</sup>.

Un processo che dovrà essere accompagnato da ingenti investimenti pubblici che incentivino l'offerta sul mercato degli operatori.

Solamente in questo modo si potrà vedere qualche spiraglio per ripartire.

## CERIDAP

1. Si rinvia a V. Angiolini, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1986 e R. Cavallo Perin, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Giuffrè, Milano, 1990.
2. Secondo l'art. 1 dell'Ordinanza i Soggetti attuatori sono soggetti «*individuati anche tra gli enti pubblici economici e non economici e soggetti privati che agiscono sulla base di specifiche direttive*» (Art. 1 comma 1 Ordinanza n. 630/20). Dunque, al fine di considerare soggetto attuatore, è necessario un ulteriore provvedimento che li definisca tali.
3. Più in specifico, per quel che ci riguarda, le iniziative di carattere urgente finalizzate «*ad acquisire la disponibilità di personale, beni e servizi, individuando altresì idonee procedure amministrative di carattere informativo e di tempestivo intervento nell'ambito della definizione di un quadro di misure operative, anche strutturali, di carattere preparatorio per fronteggiare adeguatamente possibili situazioni di pregiudizio per la collettività*». In particolare: «*all'acquisizione di farmaci, dispositivi medici, di protezione individuale, e bio[medici]cidi*» nonché «*al ripristino o potenziamento, anche con procedure di somma urgenza, della funzionalità dei servizi pubblici e delle infrastrutture necessari al superamento dalla specifica emergenza ed all'adozione delle misure volte a garantire la continuità di erogazione dei servizi di assistenza sanitaria nei territori interessati, anche mediante interventi di natura temporanea*» (art. 1 c. 2 lett. a) e b) Ordinanza).
4. In particolare l'ordinanza contiene una deroga rispetto i termini di redazione della perizia giustificativa dell'intervento (secondo l'art 163 c. 4 dieci giorni), di controllo dei requisiti per la partecipazione alla gara (che tuttavia devono essere eseguiti secondo l'art. 163 c. 7 prima del pagamento anche parziale delle prestazioni) e di invio degli atti all'ANAC nonché agli organi di controllo.
5. Comunicazione Commissione 1 aprile 2020, C108 I, recante “Orientamenti della Commissione europea sull'utilizzo del quadro in materia di appalti pubblici nella situazione di emergenza connessa alla crisi della Covid-19”, par. 1, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=OJ:C:2020:108I:FULL&from=IT>.
6. Si tenga conto infatti che il comma 12 dell'art. 35 prevede che: «Se gli appalti pubblici di forniture o di servizi presentano caratteri di regolarità o sono destinati ad essere rinnovati entro un determinato periodo, è posto come base per il calcolo del valore stimato dell'appalto:a) il valore reale complessivo dei contratti analoghi successivi conclusi nel corso dei dodici mesi precedenti o dell'esercizio precedente, rettificato, ove possibile, al fine di tenere conto dei cambiamenti in termini di quantità o di valore che potrebbero sopravvenire nei dodici mesi successivi al contratto iniziale;b) il valore stimato complessivo dei contratti successivi aggiudicati nel corso dei dodici mesi successivi alla prima consegna o nel corso dell'esercizio, se questo è superiore ai dodici mesi».
7. Si presume che non si possa prescindere invece dalla designazione dell'Amministrazione aggiudicatrice, quale Soggetto attuatore, secondo quanto previsto dal comma 1 dell'art. 1 dell'Ordinanza n. 630/2020.
8. Si ricorda che i Soggetti attuatori sono legittimati ad acquisire contratti di appalto secondo le regole speciali contenute nell'Ordinanza n. 630/20 e sono appositamente designati con

## CERIDAP

- provvedimenti *ad hoc* tra gli Enti pubblici.
9. Consip è stato qualificato Soggetto attuatore ai sensi dell'Ordinanza, con DPCM 2 marzo 2020 n. 666.
  10. <https://www.ilsole24ore.com/art/coronavirus-gara-consip-veloce-subito-ospedali-quasi-400mila-tamponi-e-kit-67mila-test-ADIFZmC>
  11. <https://www.consip.it/bandi-di-gara/gare-e-avvisi/procedura-negoziata-durgenza-per-dispositivi-di-protezione-individuali-e-apparecchiature-elettromedicali-destinati-allemergenza-covid-19>
  12. Si precisa che mentre per alcuni lotti, l'Amministrazione ha aggiudicato le forniture per un quantitativo anche maggiore di beni rispetto a quelli previsti, per altri lotti le quantità sono inferiori (es. mascherine chirurgiche, mascherine FFP3, guanti protettivi, camici) e per alcuni di essi la procedura è rimasta ancora aperta per la quantità residua (lotto n. 15 cuffie). Nel corso della procedura CONSIP ha dovuto riaprire i termini per la presentazione delle offerte posto che alcuni lotti non hanno raggiunto gli importi di cui al bando (per lo più quelli riferiti ai DPI (mascherine, guanti, camici chirurgici, visiere, e prodotti piuttosto particolari di disinfezione) ed altri sono andati deserti (camici impermeabili, occhiali protettivi modello maschera e visiere).
  13. <https://www.consip.it/bandi-di-gara/gare-e-avvisi/procedura-negoziata-kit-diagnostici-per-coronavirus-per-l-emergenza-covid-19>
  14. Interrogazione on. Giachetti, 26 marzo 2020, Camera dei Deputati 3-1377.
  15. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020XC0401\(05\)&from=IT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020XC0401(05)&from=IT)
  16. T.A.R. Campania, Napoli (sez. III), 8 maggio 2015, n. 2565; Cons. St. (sez. V), 30 aprile 2014 n. 2255; Cons. St. (sez. III), 10 luglio 2015, n. 3488; Cons. St. (sez. V), 13 giugno 2016, n. 2529.
  17. In questo senso pare depongano le stesse Linee Guida ANAC 13 settembre 2017 n. 950 recante "Ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili".
  18. Ci si riferisce alla Comunicazione della Commissione 15 maggio 2018 "Una nuova agenda europea per la ricerca e l'innovazione – L'opportunità dell'Europa di plasmare il proprio futuro", <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1585940634810&uri=CELEX:52018DC0306>.
  19. R. G. Thaler – Cass R. Sustain, *La spinta gentile*, Feltrinelli 2008.
  20. E' dovuta intervenire la Commissione con una procedura di infrazione per richiamare l'Italia al rispetto dei termini di pagamento dei contraenti privati negli appalti pubblici (procedura 2017/2090). Il Legislatore italiano per porre rimedio al grave fenomeno dei ritardati pagamenti è intervenuto con la L. 3 maggio 2019 "Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea" con cui è stato inserito l'art. 113-*bis* al Codice dei contratti pubblici. Nonostante ciò, nel 2018 l'Italia è stata destinataria di un aggravamento della procedura constatando che ad

## CERIDAP

oltre tre anni dall'avvio della procedura di infrazione le Amministrazioni italiane necessitano in media di cento giorni per saldare le fatture. Con L. 37/2019, l'art. 113-*bis* è stato modificato prevedendo che con decorrenza dal 26 maggio 2019 il certificato di pagamento dovrà essere emesso contestualmente al SAL (stato di avanzamento lavori) con possibile slittamento non superiore a sette giorni. Il pagamento dovrà essere emesso dopo 30 giorni dal SAL se non diversamente pattuito (in casi eccezionali motivati e comunque non oltre 60 giorni). Che sia la volta buona?

## Parliamentary democracy facing Coronavirus by (also) technologies

*Giancarlo Vilella*

*[La democrazia parlamentare di fronte al Coronavirus mediante (anche) le tecnologie]: L'emergenza sanitaria Covid-19 ha fra i tanti effetti anche quello di mettere sotto pressione le istituzioni democratiche nel loro funzionamento: in particolare i parlamenti sono costretti a cedere spazio agli esecutivi a causa della situazione eccezionale. Se non si prendono le giuste misure a questo proposito, ci sono certamente rischi per la democrazia nel prossimo futuro. L'articolo esamina i vari dettagli dell'operazione, sia dal punto di vista delle regole che dal punto di vista delle soluzioni tecnologiche. Si tratta di un'esperienza rilevante per gli sviluppi futuri.*

*Among its many effects, the Covid-19 health emergency has put the functioning of democratic institutions under an unusual pressure. Parliaments are forced to give the executive branch powers to deal with the exceptional situation the virus has created. If proper balancing measures are not taken, there are risks for democracy in the near future. The article examines how the EU Parliament has faced this challenge, both from a legal point of view, and the technological solutions that have been implemented. The aim is to provide a relevant example for future developments.*

When the Coronavirus Covid-19 emergency broke out, the search for solutions for the proper functioning of the parliamentary institutions required reflection (*inter alia*) on the use of technologies in such situations. The Covid-19 emergency has even brought many analysts to the conclusion that the situation is a risk for democracy: for instance, the successful author Y. N. Harari says that “the storm will pass, humankind will survive, most of us will still be alive - but we will inhabit a different world<sup>[1]</sup>”. What world? It depends on the choices we make: “The first” – says Harari – “is between totalitarian surveillance and citizen empowerment”<sup>[2]</sup>. He is not alone in taking this view. Another example, among

many, is the appeal made to the institutions by a group of intellectuals in Italy<sup>[3]</sup>: the appeal contends that “all at home” (confinement) is poisonous for the institutions because it puts democracy into quarantine. According to the authors of the appeal, Parliament assembles only intermittently, converts decrees into laws hastily and does not exercise its power of holding the executive to account; the government meets at night and communicates through social media; the Prime Minister limits constitutional rights by decree, and so on. Democracy cannot be suspended, the appeal says, because if “you resign yourself to something today, you will lose freedom tomorrow”. The question has also been raised in Belgium, to mention another example, on account of the exceptional powers (“*pouvoirs spéciaux*”) conferred on federal or regional executives: here too, the question is whether the guarantees of democratic control are ensured and remain sufficient if parliament (with the regional parliaments) continues to exercise its activities but with means and methods adapted to the situation<sup>[4]</sup>. In short, also an emergency (in this case a health emergency, but we have also experienced a terrorist emergency) is a factor which puts parliamentary democracy at risk. So, what is the situation? A clear and dynamic picture is offered by the Inter-Parliamentary Union (IPU) based in Geneva. In an *ad hoc* permanently updated document<sup>[5]</sup> we can read the following:

- *“A short survey circulated by the ECPRD suggests that most European Parliaments continue to operate but in a limited manner. Most restrictions are to limit unnecessary access to buildings, for staff and members to work remotely where they can. The majority of parliaments continue to sit albeit in more limited ways and, in a number of cases, with fewer members being present (issues of ensuring parliament is quorate arise in some cases). Some parliaments have taken an early recess or changed their operating procedures so that a special committee sits, rather than the whole house.*
- *Significant numbers of staff are now working remotely. This presents challenges in terms of maintaining operational systems. Though some of these can be supported remotely, this is designed for exceptions rather than the norm when a parliament is sitting. There will increasingly be issues with unavailability of staff and third-party support due to illness”.*



The European Parliament has also adopted solutions for the proper functioning of the institution and this in turn meant that we had to reflect on the use of technology in such situations. To a large extent, what we have been looking at is the possibility of effective remote working of MEPs and staff. In this sense, in the midst of the emergency created by the spread of Covid-19, DG ITEC<sup>[6]</sup> sent an internal note to all staff, entitled “Teleworking facilities”, which listed the available possibilities: connecting from your personal laptop; token access for security; email access through webmail; extranet access; jabber access; VDI for remote access; email access on phone or tablet; hybrids. By recalling what the “normal” tools available are, the note implicitly underscores their usefulness in times of emergency. The services then got to work to strengthen these capabilities.

An important decision of the President of the European Parliament, David Sassoli, has paved the way for reflection on a more advanced experiment with digitisation in the exercise of democratic functions: what I mean is an experiment not limited only to supporting the functioning of the institution, but where we get to exercise the powers of the democratic system through digitisation. This would be a significant development. We read in the preamble to President Sassoli’s decision<sup>[7]</sup>, “while protecting health, Parliament as a critical infrastructure of democracy in the European Union should retain its capacity to exercise its core functions as attributed to the Institution by the Treaty on European Union; information technology tools should, to the extent possible, replace physical meetings and thus contribute to enabling Parliament to exercise its core functions” and, in the operative part, “the Secretary-General shall take the measures necessary to enable remote participation to meetings of Parliament’s governing bodies, committees and the plenary, without prejudice to decisions of the Bureau of the European Parliament on matters relating to the conduct of sittings.” The implementation of these instructions will involve the provision of advanced IT tools, which is certainly essential if the operation is to be a success. The implementation of the Presidents requests has been immediate and effective. In a Note of the Secretary General the following 18 March<sup>[8]</sup> we can read that: “With the view to ensuring the continuity of the Members’ exercise of their duties related to parliamentary activity, the services of the European Parliament’s administration have been asked to implement measures to facilitate the remote

participation of Members in parliamentary activities in the current prolonged situation of Force Majeure where they cannot physically attend the meetings. Remote participation means being able to view and listen to proceedings, ask for the floor and intervene in the meeting. (...) Four meeting rooms have been equipped to be operational to host parliamentary meetings (...) With this solution, both the Members participating directly from the Parliament's meeting room and those participating remotely will be able to express themselves (...) The tool also offers the possibility of remote polling. Whether this feature is used or not is a political decision." That's what can be called a frank successful reaction from the administration point of view, in such an emergency conditions.

It is clear that its development towards something that we can call digital democracy will depend exclusively on the rules determining how we are to operate in the new way: these rules will be a fundamental and founding element of any digital democracy. They are the essential precursor and indeed a *sine qua non* for the launch of any form of digital democracy. In the specific circumstance of the Covid-19 emergency, the need for specific rules for a digital vote was very clear to top management, both administrative and political, and so urgent ad hoc measures were taken. An extraordinary meeting of the Bureau was convened to adopt rules derogating from the Rules of Procedure on the basis of a proposal submitted by the Secretary General. This action was manifestly necessary and urgent in order for Parliament to adopt Commission proposals (under the ordinary legislative procedure) which were of an urgent nature and designed to deploy common European actions to counter the problems arising from Covid-19: Parliament was convened to meet in plenary session on 26 March 2020 with the aim of adopting the European Commission's proposals. The preparatory file for the Bureau meeting<sup>[9]</sup> describes precisely why, how and when it was intended to proceed so as to allow MEPs to vote remotely:

*"In light of the current situation and the overriding public health restrictions on, inter alia, travel applicable to some Members, as well as the need for Parliament to be in a position to adopt the urgent measures proposed by the Commission as part of the EU-coordinated response to COVID-19, it is proposed that the Bureau supplement its 2004 Decision on rules governing voting.*

*The proposal in the annex to the note from the Secretary-General seeks to allow for a temporary derogation on public health grounds, upon decision by the President, to*

*enable the vote to take place by an alternative electronic voting procedure, with adequate safeguards to ensure that Members' votes are individual, personal and free, in line with the provisions of the Electoral act and the Members' Statute.*

*In particular, Members would receive electronically, via email to their official email address, a ballot form, which would be returned, completed, from their email address to the relevant Parliament's functional mailbox. The results of all votes conducted under this temporary derogation would be recorded in the minutes of the sitting concerned. This decision would remain in force until its repeal by the Bureau, once the public health emergency has abated".*

The Bureau confirmed and adopted the proposal, by attributing to the President the full power to decide "if and when" to use the alternative method of voting<sup>[10]</sup>.

The technical solution adopted was as simple as effective, that's the following:

*Where the President has decided under Article 1 that the alternative electronic voting system shall be used, the voting shall take place in accordance with the following arrangements:*

- 1. The voting list as well as the opening time and closing time of the vote shall be published on Parliament's website. The voting list, the ballot form as well as the opening time and closing time of the vote shall be sent by electronic mail from the mailbox "plenaryvote@europarl.europa.eu" to the professional mailbox of each Member.*
- 2. The Member shall vote by filling in and signing the ballot form on paper.*
- 3. The Member shall send a copy of his or her ballot form, scanned or photographed in PDF, JPG or any similar standard electronic format allowing for a clear and readable image, by electronic mail from his or her professional mailbox to the mailbox "plenaryvote@europarl.europa.eu".*
- 4. The President shall establish the result of the vote on the basis of the ballot forms which comply with the requirements of points (b) and (c) and have been received before or at the closing time mentioned in point (a).*
- 5. The use of the alternative electronic voting system shall be recorded in the minutes of the sitting, together with the result of the vote<sup>[11]</sup>.*

The two intelligent ideas underlying this proposal are, firstly, maximum simplification of the voting mechanism (exchange of e-mails), which avoids the

technical and legal problems associated with online voting, and, secondly, the temporary and exceptional nature of the action, precisely because its simplicity can only be a one-off.

As I said earlier, in fact, if you want to insert online remote voting into a “normal” mechanism for the functioning of democratic powers, the rules must be deepened and detailed. The EP, in this case, needs to revise or to complete the following body of regulations. Rule 186 of the Rules of Procedure, on the right to vote, which provides that the right to vote is a personal right and Members shall cast their votes individually and in person. Rule 187 of the Rules of Procedure, on voting, which empowers the President to decide at any time that the voting operations be carried out by means of an electronic voting system. Rule 192 of the Rules of Procedure, on the use of the electronic voting system which provides, in paragraph 1, that the Bureau shall lay down instructions determining the technical arrangements for use of the electronic voting system. The Bureau Decision of 3 May 2004 on rules governing voting, as amended, which lays down the technical arrangements for electronic voting. Of course, it must be clear, you need the rules are underpinned by a much more complex technological support than a mere e-mail.

However, the experience gained as a result of Covid-19 is a very useful and important starting point, should ever the European Parliament wish to move towards a systematic solution. And possibly, it could be reference for other Parliaments.

#### **About the Author**

Giancarlo Vilella is Director General at the European Parliament. The opinion expressed are personal and are not attributable to either the European Parliament or any other institution

1. Y.N. HARARI, *The world after coronavirus*, Financial Times, 20 March 2020.
2. *ibid.*
3. The first signatory was Prof. Marcello Pera, a former President of the Senate of the Italian Republic: see *Corriere della Sera*, 25 March 2020.
4. See in particular the extensive inquiry of Bernard Demonty in *Le Soir* of 26 March 2020.
5. IPU-Centre for Innovation in Parliament, *Parliamentary Responses to Coronavirus*, Live Document, March 2020.
6. That is the ICT Department of the European Parliament.

## CERIDAP

7. Decision of the President of the European Parliament, CP D(2020)9886, Brussels, 9 March 2020.
8. Der Generalsekretär, *Remote participation for Members in Parliamentary activities*, D(2020)10901, 18 March 2020.
9. TECHNICAL NOTES for the extraordinary meeting of the BUREAU on Friday 20 March 2020, Brussels, PE 649.203/BUR.
10. DECISION OF THE BUREAU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT of 20 March 2020 supplementing its Decision of 3 May 2004 on rules governing voting, PE 649.211/BUR.
11. *Ibid.* art. 2.

## Gli Enti locali alla prova del “Corona-Virus”: semplificazioni amministrative, e flessibilità gestionali, a sostegno della comunità territoriale

*Gabriele Bottino*

*Gli enti locali (i Comuni, le Province e le Città Metropolitane) sono sempre più spesso definiti - nella riflessione giuridico-amministrativa - le "Amministrazioni pubbliche di prossimità": prossimità ai bisogni ed alle necessità della singola comunità territoriale, destinataria dei relativi servizi e funzioni amministrative. La triste e dolorosa esperienza della diffusione del "Covid-19", rappresenta una esperienza, una autentica "prova", per tutte le Amministrazioni locali. Il saggio analizza il ruolo che, a norma delle più recenti disposizioni normative statali, la Repubblica affida agli Enti locali, al fine di sostenere attivamente i propri cittadini.*

*[Local authorities tested for the “Corona-Virus”: administrative simplifications, and management flexibility, to support the local community]: Local authorities are increasingly called “proximity public administrations”: proximity to the needs of their citizens. The experience of the “Covid-19” pandemic represents an authentic “proof” for all local administrations. The essay analyzes the role that, according to the most recent state regulatory provisions, the Republic entrusts to local authorities, in order to actively support its citizens.*

### **1. Introduzione**

Allo scopo di fronteggiare l'emergenza sanitaria cagionata dalla ripetuta e continuata diffusione – nel territorio e nella popolazione italiana – del Virus “COVID-19” (cosiddetto “Corona-Virus”), il recente decreto legge 17 marzo 2020, n. 18<sup>[1]</sup>, inserisce un ulteriore ed importante anello, all'interno della lunga catena di provvedimenti normativi avviata con il decreto-legge n. 6, del 23

febbraio 2020<sup>[2]</sup>.

Scopo di questa sintetica analisi, è quello di rivolgere l'attenzione alle norme che – all'interno del decreto legge n. 18 del 2020 – sono specificamente dedicate alla amministrazione degli Enti locali (Comuni, Città Metropolitane e Province).

Una necessaria precisazione iniziale: non è qui oggetto di analisi, invece, il tema delle ordinanze, anche contingibili ed urgenti, che i Sindaci hanno potuto emanare (ai sensi e per gli effetti di cui agli articoli 50 e 54, d.lgs. n. 267 del 2000), e possono tuttora emanare, al fine di integrare le prescrizioni già contenute nei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, e nelle ordinanze regionali, adottate nelle scorse settimane. Il decreto legge n. 18 del 2020, infatti, non contiene alcuna disposizione normativa dedicata al predetto potere di ordinanza.

Si tratta di una serie di disposizioni normative eterogenee – quelle contenute nel decreto legge in esame – sostanzialmente ascrivibili a due ambiti di riferimento: le misure dedicate al sostegno (anche economico) della popolazione residente nel singolo territorio locale; le forme di semplificazione amministrativa, nella organizzazione e nelle attività di ciascuna Amministrazione territoriale.

Addiverremo ad una selezione delle norme contenute nel decreto-legge – con la consapevolezza che tali norme potranno (quasi certamente) essere suscettibili di modificazioni, in sede di conversione parlamentare in legge, del medesimo decreto – mediante una analisi operata per “temi” di riferimento: questo metodo consentirà infatti di considerare e commentare, più sistematicamente e criticamente, l'intero impianto normativo.

## **2. L'assistenza domiciliare**

Non vi è dubbio che questo tema costituisca una delle principali funzioni che gli Enti locali devono continuare a svolgere – con estrema sensibilità e concretezza – in favore della popolazione di riferimento, contagiata dal “Covid-19”, ovvero in isolamento domestico.

Normalmente gli Enti territoriali si avvalgono – per la prestazione delle attività socio-sanitarie e socio-assistenziali – dell'utilizzo di appositi “centri diurni” (per anziani e persone con disabilità), ovvero di soggetti privati (in specie “cooperative sociali”) che – in convenzione, concessione od appalto con la singola Amministrazione locale – erogano prestazioni individuali a domicilio degli

utenti, individuati dalla medesima Amministrazione.

Allo scopo di adeguare sia i servizi dei “centri diurni”, sia le prestazioni domiciliari ed individuali, alle limitazioni ed alle necessità imposte dalla emergenza sanitaria legata alla diffusione del contagio da “Covid-19” – e, meglio, al fine di evitare che la continuazione dei servizi pubblici essenziali (sociali, sanitari ed assistenziali), di prossimità all’utenza, possano essere causa di replicazione e contagio del virus – l’art. 48 (“Provvedimenti individuali domiciliari”)<sup>[3]</sup>, del decreto legge n. 18 del 2020, impone agli Enti locali le seguenti limitazioni, e contestuali flessibilità:

1. l’obbligo di non creare “aggregazioni” di soggetti assistiti e, dunque, il conseguente passaggio a prestazioni individuali, o comunque erogate nel rispetto della distanza (un metro) necessaria ad impedire il transito intersoggettivo delle particelle virali;
2. l’obbligo di adottare specifici “protocolli” – aggiuntivi alle normali regole e convenzioni di erogazioni dei servizi – volti a fare sì che le prestazioni socio-assistenziali-sanitarie avvengano sempre nel rispetto delle misure di massima tutela della salute, degli operatori e degli utenti (in specie mediante l’utilizzo degli adeguati presidi di protezione individuale).

Insieme a tali prescrizioni “modali”, di erogazione del singolo servizio, il medesimo art. 48 assicura altresì forme di tutela economico-reddituale, nei confronti dei gestori dei servizi socio-sanitari e socio-assistenziali: ancora un volta, siano essi “centri diurni” a gestione diretta, ad opera della singola Amministrazione territoriale, ovvero siano essi stessi operatori economici affidatari – da parte dalla medesima Amministrazione, e dietro corrispettivo contrattuale – della erogazione di tali servizi.

Le forme di garanzia reddituale consistono in questo: anche in caso di sospensione dei servizi, i gestori privati – per l’intero periodo di sospensione – hanno comunque diritto al pagamento dei servizi non erogati, da parte dell’Amministrazione locale, “sulla base di quanto iscritto nel bilancio preventivo” (art. 48, comma 2). Ciò vuol dire che assunto il relativo impegno di spesa – nei confronti del gestore privato, al tempo della sottoscrizione del contratto di servizio – sul competente capitolo del bilancio previsionale, la liquidazione della spesa (ad opera del dirigente/responsabile del servizio,



firmatario del medesimo contratto) dovrà avvenire anche in assenza della ordinaria attestazione, volta normalmente a dichiarare la regolarità dell'avvenuta prestazione del servizio.

Mentre, e nel contempo, è comunque consentito – si direbbe persino auspicabile – a ciascuna Amministrazione locale di rinegoziare, evidentemente in accordo con il gestore dei servizi, e convertire le originarie prestazioni socio-sanitarie-assistenziali, in prestazioni compatibili con le esigenze di contenimento del contagio virale: ciò al fine di concedere flessibilità all'oggetto contrattuale originario, ed allo scopo di evitare pagamenti di corrispettivi contrattuali, anche in assenza di correlate prestazioni. In ogni caso, ed a sèguito della predetta rinegoziazione-conversione, il corrispettivo dovuto dall'Ente locale al gestore dei servizi, non potrà comunque essere superiore a quello complessivamente iscritto in bilancio, al tempo della sottoscrizione del contratto originario.

### **3. Il funzionamento degli organi collegiali**

In conseguenza della impossibilità di riunirsi “in presenza”, l'art. 73 (“Semplificazioni in materia di organi collegiali”), del decreto legge in esame, contempla la possibilità (e tuttavia non l'obbligo) – per gli organi consiliari dei Comuni, delle Province e delle Città Metropolitane, e per le giunte comunali – di riunirsi, e dunque deliberare, in seduta telematica<sup>[4]</sup>.

Operata questa scelta, la questione si declina nella definizione delle modalità di svolgimento di queste sedute telematiche, al fine di garantirne la regolarità e la legittimità.

Una prima possibilità deriva dal fatto che l'Ente locale si sia già dotato (e dunque preveda già, in via ordinaria) – all'interno del regolamento volto a disciplinare il funzionamento dell'organo consiliare, e dell'organo esecutivo – di norme che regolano la convocazione ed il funzionamento, in seduta telematica, di tali organi collegiali: in questa ipotesi, non potranno infatti che trovare applicazione queste preesistenti disposizioni regolamentari.

Nella differente fattispecie, al contrario, dell'insussistenza di norme di tal fatta, il primo comma dell'art. 73 attribuisce al “presidente” dell'organo consiliare (comunale, provinciale o metropolitano), ovvero al “sindaco” (per ciò che concerne la giunta comunale), la competenza a dettare – con proprio atto

monocratico (è ipotizzabile, a tal fine, un apposito “decreto”) – le modalità di convocazione e svolgimento delle sedute collegiali.

Ineludibile tuttavia il rispetto, all’interno del contenuto di questo provvedimento monocratico, dei seguenti principi: trasparenza (e dunque accessibilità telematica, alle singole sedute, da parte di almeno di uno dei soggetti “esterni”, vale a dire non facenti parte dell’organo collegiale, che vi avrebbero potuto assistere, normalmente, anche in presenza); tracciabilità (id est, registrazione delle sedute collegiali); identificazione certa dei partecipanti (dei membri che compongono il singolo organo collegiale); assistenza e verbalizzazione da parte del segretario, in servizio presso ciascun Ente locale; neutralità finanziaria: gli adempimenti volti a consentire tali sedute telematiche, devono essere posti in essere con le risorse umane (il personale), finanziarie (gli oneri economici), e strumentali (le installazioni e reti tecnologiche), già disponibili sul bilancio in corso di gestione (la norma sembrerebbe dunque escludere espressamente la possibilità di operare, in proposito, apposite variazioni di bilancio).

Con specifico riferimento alle Province ed alle Città Metropolitane, il terzo comma dell’art. 73 dispone espressamente che – nello stesso periodo temporale sopra richiamato (sino alla cessazione dello “stato di emergenza”) – siano sospesi i “pareri” che le assemblee dei Sindaci (con riferimento alle Province), e le conferenze metropolitane (all’interno delle Città Metropolitane), devono obbligatoriamente rendere, rispettivamente al consiglio provinciale ed al consiglio metropolitano, nel procedimento che conduce questi ultimi organi ad approvare i relativi bilanci, preventivi e consuntivi.

#### **4. Il differimento di termini amministrativi e contabili**

Ogni “stato di emergenza” – o di “eccezione” – comporta quasi per definizione il fatto che il soggetto, chiamato a gestire l’urgenza, possa non riuscire a rispettare i termini (siano essi perentori o ordinatori) legati all’adempimento degli obblighi ordinari.

Al fine di ovviare a questa eventualità, l’art. 107, del decreto legge n. 18 del 2020, differisce espressamente i seguenti termini, legati ad adempimenti contabili e tariffari:

## CERIDAP

1. il termine per l'adozione, da parte degli Enti locali e dei loro "organismi strumentali" (in specie le "istituzioni")<sup>[5]</sup>, del rendiconto consuntivo relativo all'esercizio finanziario 2019, è differito dal 30 aprile 2020 al 31 maggio 2020;
2. qualora gli Enti locali non abbiano ancora approvato il proprio bilancio di previsione, relativo al periodo temporale 2020-2022, il termine finale è ora fissato alla data del 31 maggio 2020<sup>[6]</sup>;
3. il termine per la deliberazione del "Documento Unico di Programmazione" (DUP)<sup>[7]</sup>, ordinariamente fissato alla data del 31 luglio di ciascun anno (il DUP si riferisce infatti all'esercizio finanziario successivo a quello della sua approvazione), è differito al 30 settembre 2020;
4. il termine per la determinazione delle tariffe della "tassa sui rifiuti" (TARI), applicabili dai Comuni per l'anno 2020, normalmente fissato al 30 aprile 2020, è ora differito al 30 giugno 2020; nel contempo i Comuni possono decidere di applicare – anche per l'anno 2020 – le tariffe già deliberate per l'anno 2019, operando tale "proroga" tariffaria nel rispetto di questa condizione: qualora il "piano economico finanziario del servizio rifiuti", relativo all'anno 2020, e da approvare entro il 31 dicembre 2020, contenga costi complessivi del servizio superiori od inferiori a quelli già approvati per l'anno 2019, la ricaduta tariffaria di tale differenza sugli utenti (in aumento o in diminuzione) potrà essere ripartita in un orizzonte temporale triennale, a decorrere dal 2021, così sostanzialmente restituendo (ove i costi del "piano" relativo all'anno 2020, siano inferiori ai costi del "Piano" relativo all'anno 2019), ovvero chiedendo una maggiorazione (ove i costi del "piano" relativo all'anno 2020, siano invece superiori ai costi del "Piano" relativo all'anno 2019), della quota tariffaria che sarà versata con riferimento all'intero anno 2020<sup>[8]</sup>;
5. con riferimento agli Enti locali che hanno deliberato lo stato di "dissesto economico-finanziario", sono differiti al 30 giugno i termini concernenti l'approvazione dei seguenti atti: deliberazione di dissesto (art. 246, d.lgs. n. 267 del 2000); aumento massimo delle aliquote delle imposte e tasse locali (art. 251, ibidem); bilancio di previsione stabilmente riequilibrato (art. 264, ibidem); procedura di riequilibrio finanziario pluriennale (articoli

- 243-bis e 243-quater, ibidem);
6. infine, ed in merito ai tempi procedurali – ed ai relativi passaggi documentali – relativi alle fattispecie di scioglimento e sospensione dei consigli comunali, metropolitani e provinciali, sono disposti i seguenti differimenti di termini: 180 giorni, per l’inizio della procedura di scioglimento (art. 141, comma 7, d.lgs. n. 267 del 2000); 135 giorni per l’invio, al Ministro dell’Interno, della relazione prefettizia concernente la sussistenza dei presupposti per lo scioglimento (art. 143, comma 3, ibidem); 180 giorni, per l’adozione del D.P.R. di scioglimento (art. 143, comma 4, ibidem); 150 giorni, per la sospensione prefettizia – motivata dalla “urgente necessità” – degli organi di governo dell’Ente locale, in attesa della emanazione del relativo D.P.R. di scioglimento consiliare (art. 143, comma 12, ibidem).

## **5. Ulteriori disposizioni normative, in materia contabile.**

Merita da ultimo esaminare le restanti norme, mediante le quali il decreto legge in esame consente flessibilità di bilancio, ed istituisce appositi “fondi nazionali”, correlati alla necessità di fronteggiare l’emergenza sanitaria in corso.

Operando una deroga espressa alle vigenti disposizioni normative – in materia di utilizzo della cosiddetta “quota libera” dell’avanzo di amministrazione (art. 187, d.lgs. n. 267 del 2000), e di destinazione vincolata dei proventi derivanti dalle concessioni edilizie (art. 1, comma 460, legge n. 232 del 2016), l’art. 109, comma 2, del decreto legge n. 18 del 2020, consente agli Enti locali:

1. ferme restando le priorità relative alla copertura degli eventuali debiti fuori bilancio, ed alla salvaguardia degli equilibri di bilancio, di destinare la quota libera dell’avanzo di amministrazione – limitatamente all’esercizio finanziario 2020 – per finanziare spese correnti comunque correlate e connesse allo svolgimento od all’acquisto di attività e servizi utili e necessari a fronteggiare l’emergenza sanitaria (la norma non “tipizza” le categorie di tali spese correnti, così attribuendo all’autonomia organizzativa del singolo Ente locale, ed alle differenziazioni proprie di ciascuno di essi, la loro specifica individuazione);

2. di utilizzare anche integralmente, e per il finanziamento delle predette spese correnti, i proventi delle concessioni edilizie e delle sanzioni previste dalle vigenti norme statali in materia, legislative e regolamentari (D.P.R. n. 380 del 2001), con la sola eccezione delle sanzioni conseguenti all'accertamento della inottemperanza alla ingiunzione a demolire gli interventi edilizi eseguiti in assenza di permesso di costruire, od in totale difformità dal medesimo (art. 31, comma 4-bis, ibidem).

Relativamente ai mutui concessi agli Enti locali dalla “Cassa Depositi e Prestiti spa”, l'art. 112 del decreto legge in esame differisce – all'anno immediatamente successivo alla data di scadenza dei pagamenti previsti nei provvedimenti e contratti che regolano i medesimi mutui, ed in conformità al complessivo piano di ammortamento – il pagamento delle “quote di capitale” (e non, dunque, anche delle quote relative alla “parte interessi”) in scadenza nell'anno 2020: anche tali risparmi di spesa dovranno essere necessariamente utilizzati per finanziare spese – anche correnti – rivolte al compimento di interventi utili a fare fronte all'emergenza sanitaria in corso.

Esulano invece dal bilancio del singolo Ente locale (e dunque da risorse già iscritte in esso), due appositi “fondi” – istituiti entrambi presso il Ministero dell'Interno, ad opera degli articoli 114 e 115 del decreto legge n. 18 del 2020, e da ripartire tra gli Enti locali secondo modalità ivi espressamente individuate – rispettivamente dedicati al concorso economico, da parte dello Stato:

1. al finanziamento delle spese necessarie alla sanificazione ed alla disinfezione degli uffici, degli ambienti, e dei mezzi di proprietà degli Enti locali;
  2. alla erogazione dei compensi dovuti al personale della polizia locale, per lo svolgimento delle maggiori prestazioni di lavoro straordinario, nonché per l'acquisto, in favore del medesimo personale, di appositi dispositivi sanitari di protezione individuale.
- 
1. In epigrafe: “Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19”, pubblicato – ed immediatamente entrato in vigore - nella Gazzetta Ufficiale

## CERIDAP

dello stesso giorno, 17 marzo 2020.

2. Si tratta del primo decreto legge, peraltro ancora non fatto oggetto di “calendarizzazione” parlamentare, recante “Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19”. Ad esso hanno di poi fatto seguito: il decreto legge 2 marzo 2020, n. 9 (“Misure urgenti di sostegno per le famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19”); il decreto legge 8 marzo 2020, n. 11 (“Misure straordinarie ed urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria”); il decreto legge 9 marzo 2020, n. 14 (“Disposizioni urgenti per il potenziamento del Servizio sanitario nazionale in relazione all'emergenza COVID-19”).
3. La rubrica dell'art. 48, elidendo la congiunzione “e” (“Prestazioni individuali [e] domiciliari”) contiene un errore testuale, rispetto al contenuto sostanziale della norma che - come riferito nel testo - attiene tanto ai servizi erogati direttamente dalle Amministrazioni locali (i “centri diurni”), quanto ai servizi affidati in convenzione, concessione od appalto a terzi (le “prestazioni domiciliari individuali”, in senso stretto).
4. Questa possibilità è espressamente concessa sino a quando il Consiglio dei Ministri, con propria deliberazione, stabilirà la cessazione dello “stato di emergenza” ad oggi dichiarata con la deliberazione del 31 gennaio 2020 (“Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili”): “stato di emergenza” stabilito per la durata di sei mesi, a far data dal 31 gennaio 2020.
5. Cfr. art. 1, comma 2, lett. b), d.lgs. n. 118 del 2011.
6. Tale termine era stato già differito, dapprima al 31 marzo 2020 (DM 13 dicembre 2019), di poi al 30 aprile 2020 (DM 28 febbraio 2020).
7. Sulla definizione, il contenuto, e le funzioni proprie di tale documento, dispone l'art. 170, d.lgs. n. 267 del 2000.
8. Si deve infatti ricordare che, a norma dell'art. 1, comma 654, legge n. 147 del 2013, le tariffe della tassa rifiuti complessivamente dovute dagli utenti del servizio di raccolta, recupero e smaltimento dei rifiuti solidi urbani, devono integralmente finanziare i costi derivanti, ogni anno, dallo svolgimento del relativo servizio.

## L'accesso civico ex art. 5, c. 2, d.lgs. 33/2013 e la materia dei contratti pubblici. Ordinanza 8501/2019 di rimessione all'Adunanza Plenaria

*Giacomo Pisani*

*Il contributo analizza l'ordinanza n. 8501/2019 di rimessione all'Adunanza Plenaria della questione circa la possibilità per un soggetto, anche non direttamente titolare di un interesse concreto, di richiedere la visione dei documenti appartenenti alle PA attraverso l'istituto dell'accesso civico generalizzato ex art. 5, c. 2, d.lgs. 33/2013. Nel caso qui trattato si fa riferimento alla possibilità di utilizzare l'istituto dell'accesso civico generalizzato nella materia degli appalti pubblici.*

*[Civic access ex Art. 5, c. 2, Legislative Decree 33/2013 and Public contracts: The order n. 8501/2019 of Referral to the Plenary Session]: This paper analyzes the order n. 8501/2019 of Referral to the Plenary Session about the possibility for a subject, even if not direct holder of a concrete interest, to request the viewing of documents belonging to the PA, through the generalized civic access ex art. 5, c. 2, Legislative Decree 33/2013. In the case here analyzed, reference is made to the possibility of using the tool of generalized civic access in public procurement.*

L'accesso civico c.d. generalizzato ex art. 5, c. 2, d.lgs. 33/2013<sup>[1]</sup> è stato introdotto dall'articolo 6 c.1 del d. lgs. 97/2016<sup>[2]</sup>.

La *ratio* dell'intervento novellatore è stata quella di favorire forme lo sviluppo di forme diffuse di controllo sull'operato della PA e sull'utilizzo delle risorse pubbliche. Per far ciò è stato creato un sistema dove l'accesso ai documenti delle PA, oltre a quelli già oggetto di pubblicazione, fosse garantito a "chiunque" indipendentemente da un interesse manifesto. Ciò ha creato diversi problemi interpretativi in molte materie come quella degli appalti pubblici.

L'articolo 53 del d.lgs. 50/2016<sup>[3]</sup> prevede che "il diritto di accesso agli atti delle

*procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, ivi comprese le candidature e le offerte, è disciplinato dagli artt. 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241*<sup>[4]</sup>.

Le limitazioni *ex art. 5 bis c. 3 d.lgs. 33/2013*<sup>[5]</sup> sono state utilizzate dalle PA per giustificare i dinieghi alla concessione dell'accesso civico *ex art. 5, c. 2*<sup>[6]</sup>, in materia di contratti pubblici.

La giurisprudenza non ha mai reso interpretazioni univoche in materia, rendendo necessaria la rimessione della questione all'Adunanza Plenaria per un intervento nomofilattico risolutivo.

Rimessione avvenuta con l'ordinanza n. 8501/2019<sup>[7]</sup> pronunciata nel ricorso proposto da Diddi s.r.l. contro l'Azienda USL Toscana Centro, per la riforma della sentenza del Tar Toscana, sez. III, 577/2019<sup>[8]</sup>.

Il Collegio ha sottoposto all'Adunanza Plenaria tre quesiti. In merito all'accesso civico generalizzato ci soffermeremo sul quesito "c" con il quale viene chiesto di definire *"l'applicabilità, o meno, della disciplina del diritto di accesso civico generalizzato di cui al decreto legislativo n. 33/2013 nel settore dei contratti pubblici dei lavori, servizi o forniture, con particolare riguardo alla fase esecutiva delle prestazioni"*<sup>[9]</sup>.

Il Collegio prima di procedere all'analisi delle differenti tesi a favore e contro l'applicazione dell'art. 5, c. 2 d.lgs. 33/2013 alla materia dei contratti pubblici, ha svolto un'analisi del rapporto tra gli istituti dell'accesso civico generalizzato e quello ordinario e la disciplina dell'accesso nei contratti pubblici.

La definizione di tale rapporto è fondamentale. Questa si risolve nell'individuazione di due indirizzi ermeneutici che si riveleranno la base delle tesi elaborate dalla giurisprudenza circa la possibilità o meno di estensione dell'accesso *ex art. 5, c. 2, d.lgs. 33/2013* ai contratti pubblici.

Il primo indirizzo tende *"ad una più netta definizione della linea di confine"* tra le due fonti normative e si basa sulla tesi che *"i due sistemi normativi coesistano"* e siano *"finalizzati a regolare due istituti autonomi, muniti di propri elementi caratterizzanti"*<sup>[10]</sup>, con il comune scopo di mettere al centro il destinatario del servizio pubblico, ed eliminando il superato principio di chiusura dei meccanismi decisionali di chi fornisce il servizio<sup>[11]</sup>.

Infatti, l'accesso civico è caratterizzato dalla *"liberazione del relativo potere di impulso da ogni restrizione di carattere soggettivo"* ma non bisogna dimenticare



che *“il suo concreto esercizio deve fare i conti con i limiti posti dall’art. 5, commi 1 e 2, d.lvo n. 33/2013”*<sup>[12]</sup>.

Impostazione sistematica che trova conferma legislativa nell’art. 5, c. 1, d.lgs. 33/2013 il quale conferma che *“restano fermi gli obblighi di pubblicazione previsti dal Capo II, nonché le diverse forme di accesso degli interessati previste dal Capo V della legge 7 agosto 1990, n. 241”*<sup>[13]</sup>.

L’altro orientamento è diretto verso l’ammissione di *“forme di osmosi e comunicazione”* tra le diverse fonti normative vigenti in materia.

Questa tesi è più liberista e si basa sulla visione che il d.lgs. 97/2016, novellando il d.lgs. 33/2013, ha data al nuovo accesso civico<sup>[14]</sup>.

Il d.lgs. ha novellato l’accesso civico in *“chiave liberalizzante”*. Esso ha reso unitaria la *“materia dell’accesso, la quale troverebbe quindi la sua attuale regolamentazione in un quadro normativo composito”*. Il nuovo quadro normativo è *“la risultante di un complesso processo di abrogazione-coordinamento-integrazione, affidato essenzialmente all’interprete e frutto dell’atterraggio [...] delle nuove [...] disposizioni di cui al d.lvo. n. 97/2016 sul terreno normativo “classico” di cui alla originaria l. n. 241/1990”*<sup>[15]</sup>.

Questo approccio sistematico non ha *“esautorato [...] la previgente l. n. 241/1990 né espunto [...] le specifiche forme di accesso dalla stessa disciplinate”* bensì ha permesso che le forme di accesso previgenti concorrano con quelle di nuovo conio a *“un diritto unitario [...] la cui ratio [...] riposerebbe nella necessità di apprestare strumenti penetrativi differenziati nelle maglie informative della P.A., al fine di meglio calibrare la forza del principio di trasparenza”*<sup>[16]</sup>.

Il *“carattere generale”* delle discipline del d.lgs. 33/2013 e l. 241/1990 fa sì che nessuna sia *“ancorata ad uno specifico ambito “tematico”*”. Ciò impone che si debba *“interpretare la [...] clausola di salvezza, recata dall’art. 5 bis, comma 3, d.lvo. 33/2013, in termini che non diano luogo ad una sorta di interpretatio abrogans, di cui farebbe le spese proprio la disciplina più recente in tema di accesso”*. Questo effetto lo si avrebbe nel caso in cui *“si ritenesse che, tra le “specifiche condizioni, modalità o limiti” fatti salvi dal legislatore, sia inclusa la limitazione soggettiva del diritto di accesso disciplinato dalla l. n. 241/1990”*<sup>[17]</sup>.

Questa qualificazione soggettiva permarrà nei casi in cui troverà applicazione la sola l. 241/1990. Ciò accade *“vuoi perché il richiedente l’accesso faccia valere un “titolo” legittimamente differenziato [...], vuoi perché [...] la sola disciplina recata*

dalla l. n. 241/1990 si riveli idonea a garantire il soddisfacimento pieno dell'interesse ostensivo fatto valere, vuoi, infine, perché siano ravvisabili specifiche disposizioni che [...] prevedano espressamente l'applicazione esclusiva ed indifferenziata (comprensiva cioè, [...], di quella limitazione oggettiva) della l. n. 241/1990"<sup>[18]</sup>.

Sulla base di questi indici interpretativi il Collegio ha analizzato quale sia “*La portata della disciplina contenuta nell’art. 53 del codice dei contratti pubblici*”.

Le soluzioni interpretative espresse dalla giurisprudenza si associano al diverso peso dato “*al dato letterale ed a quello funzionale-costituzionale*”<sup>[19]</sup>. La prima deriva dall’indirizzo, sopra citato, che tende a creare “*una più netta definizione della linea di confine*”<sup>[20]</sup> tra le discipline della l. 241/1990 e del d.lgs. 33/2013 mentre il secondo si lega all’indirizzo diretto verso l’ammissione di “*forme di osmosi e comunicazione*” tra le due fonti normative.

Il Collegio analizza in primo luogo i “*rapporti inter-temporali*” tra le normative di riferimento.

Da questa analisi una prima tesi sostiene che il d.lgs. 33/2013, in quanto *lex posterior*, ha abrogato l’art. 53 d.lgs. 50/2016<sup>[21]</sup>.

La prima tesi sostiene che il d.lgs. 33/2013 – come novellato dal d.lgs. 97/2016 – ha abrogato l’articolo 53 del d.lgs. 50/2016. La nuova disciplina sconta quindi un mancato coordinamento con la disciplina vigente ma non per questo l’interpretazione delle novità deve essere statica. Anzi, si dovrà in questo caso valorizzare un’interpretazione conforme ai canoni dell’articolo 97 Cost., valorizzando l’impatto “*orizzontale*” dell’accesso civico, non limitabile da norme preesistenti e non coordinate con il nuovo istituto, ma soltanto da prescrizioni “*speciali*” e interpretabili restrittivamente, contenute nella normativa stessa<sup>[22]</sup>.

La tesi che si basa sulla lettera dell’art. 5 *bis*, c. 3, nel senso di non ammettere un ampliamento dell’accesso *ex art. 5, c. 2*, alla materia dei contratti, sostiene che al fine di considerare l’art. 53 d.lgs. 53/2016 abrogato, si dovrebbe dimostrare perché il legislatore non abbia espressamente abrogato la norma precedente bensì abbia “*sancito [...] la sopravvivenza delle disposizioni che subordinano l’accesso al “rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti”*”<sup>[23]</sup>.

Questa tesi esclude l’accesso civico nei casi dove esso sia subordinato dalla legge al rispetto di “*specifiche condizioni, modalità o limiti*”<sup>[24]</sup>. Vieppiù che l’art. 5 *bis*, c. 3, è chiaro nello stabilire che quando l’accesso civico è subordinato al rispetto di

specifiche condizioni, modalità o limiti”, come accade nella materia dei contratti pubblici *ex art. 53 d.lgs. 50/2016*, questo deve essere escluso<sup>[25]</sup>.

Il Collegio per giustificare la mancata abrogazione espressa, ha sostenuto che il d.lgs. 33/2013 (novellato) reca *“un rinvio esterno di carattere “mobile”, tale da imporre l’adeguamento del termine della relatio ai mutamenti legislativi verificatisi nel tempo: tra i quali, [...], quello [...] rappresentato dalle modifiche apportate al d.lvo. n. 33/2013 dal d.lvo. 97/2016”*. Il concetto centrale di tale tesi è quello secondo cui *“non si potrebbe attribuirsi all’articolo 53 l’effetto di cristallizzare, in relazione all’accesso nella materia a cui esso si riferisce, la disciplina recata dalla l. n. 241/1990”*<sup>[26]</sup>. Questa interpretazione è rafforzata anche dal fatto che il d.lgs. 97/2016 si ispira al c.d. *freedom of information act* (FOIA) e che quindi l’art. 5 c.2 d.lgs. 33/2013 è nato con un fine ampliativo del principio di trasparenza<sup>[27]</sup>.

Il Collegio conclude questo ragionamento precisando che il *“generico riferimento normativo all’accesso”*, *ex art. 5 bis, c. 3, d.lgs.33/2013*, depone *“nel senso che il legislatore ha una visione sostanzialmente unitaria dell’istituto dell’accesso”* per cui l’art. 5 bis, c. 3 può essere invocato proprio al fine di ribadire che le due discipline in tema di accesso *“concorrono in ciascun ambito materiale specifico, restando ferma la necessità di rispettare quelle “specifiche condizioni, modalità o limiti” previsti dalla l. n. 241/1990”*<sup>[28]</sup>.

Visione che poi è stata confermata anche dal Consiglio di Stato nella sentenza 3780/2019 dove ha sottolineato che la *“limitazione soltanto oggettiva dell’accesso civico, comporta che, oltre alle specifiche “materie” sottratte [...] vi possono essere “casi in cui, per una materia altrimenti compresa per intero nella possibilità di accesso, norme speciali (ovvero l’art. 24 co. 1 L. 241/1990) possono prevedere “specifiche condizioni, modalità o limiti”*<sup>[29]</sup>. Se si considera valida questa tesi sicuramente l’art. 53 ha subito l’influsso innovatore del d.lgs 33/2013 che ha equiordinato l’istituto dell’accesso civico e l’istituto dell’accesso ordinario con lo scopo di ampliare l’applicazione del principio di trasparenza all’azione della PA. Secondo il Collegio non è poi nemmeno condivisibile quanto osservato dalla giurisprudenza della sezione V del Consiglio di Stato nelle sentenze 5502/2019 e 5503/2019 nella parte in cui queste sostengono che *“il perseguimento di buona parte delle finalità di rilevanza pubblicistica poste a fondamento della disciplina in tema di accesso civico generalizzato è assicurato, nel settore dei contratti pubblici,*

da altri mezzi”<sup>[30]</sup>.

Subordinare, in una materia delicata come quella degli appalti pubblici, il principio di trasparenza a mezzi che non garantiscono una conoscibilità dei documenti così ampia come invece permette l'accesso ex art. 5, c. 2, d.lgs. 33/2013, sarebbe una limitazione “*difficilmente spiegabile*” specialmente in un settore dove “*si manifesta la necessità di assicurare la massima espansione*” del controllo sulle attività delle PA<sup>[31]</sup>.

Principio non solo affermato dal Consiglio di Stato, sez. III, 3780/2019<sup>[32]</sup>, ma anche avallato dalla Commissione Europea nella relazione al contrasto della corruzione in ogni ambito e sul quale si è poi ispirato anche il Piano Nazionale Anticorruzione dal 2016 in poi.

Come si è appena visto, trovandosi dinanzi a un quadro interpretativo non univoco, il Collegio ha ritenuto necessario sottoporre la questione al vaglio dell'Adunanza Plenaria al fine di chiarire quale sia la portata dell'art. 5, c. 2, d.lgs. 33/2013 in materia di contratti pubblici.

1. D.lgs. n. 33/2013 (Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni)
2. D.lgs. n. 97/2016 (Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo, n. 33, ai sensi dell'articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche).
3. D.lgs. n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici).
4. Art. 53, d.lgs. n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici).
5. Art. 5 bis, c. 3, d.lgs. n. 33/2013: “*Il diritto di cui all'articolo 5, comma 2, è escluso nei casi di segreto di Stato e negli altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge, ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'articolo 24, comma 1, della legge n. 241 del 1990*”.
6. Art. 5, c. 2, d.lgs. n. 33/2013: “*Alla scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico, chiunque ha diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione ai sensi del presente decreto, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti secondo quanto previsto dall'articolo 5-bis*”.
7. Cons. St., 16 dicembre 2019, n. 8501.
8. T.A.R. Toscana (sezione III), sentenza del 17 aprile 2019, n. 577.
9. Cons. St., 16 dicembre 2019, n. 8501, p. 12.

## CERIDAP

10. Cons. St., 16 dicembre 2019, n. 8501.
11. Cons. St., parere del 18 febbraio 2016, n. 515.
12. Cons. St., 16 dicembre 2019, n. 8501, p. 25.
13. Cons. St., 16 dicembre 2019, n. 8501, p. 27.
14. Si veda Cons. St., parere del 18 febbraio 2016, n. 515.
15. Cons. St., 16 dicembre 2019, n. 8501, p. 27.
16. Cons. St., 16 dicembre 2019, n. 8501, p. 27-28.
17. Cons. St., 16 dicembre 2019, n. 8501, p. 29.
18. Cons. St., 16 dicembre 2019, n. 8501, p. 29-30.
19. Cons. St., 16 dicembre 2019, n. 8501, p. 31.
20. T.A.R. Emilia Romagna - Parma (sezione I), sentenza del 18 luglio 2018, n.197; T.A.R. Lombardia - Milano, sez. I, sentenza del 25 marzo 2019, n. 630; T.A.R. Lazio (sezione II), sentenza del 14 gennaio 2019, n.425; Cons. St., 2 agosto 2019, n. 5502; Cons. St., 2 agosto 2019, n.5503.
21. Cons. St., 16 dicembre 2019, n. 8501, p. 31.
22. Si vedano Cons. St., parere del 18 febbraio 2016, n. 515; Cons. St., 5 giugno 2019, n. 3780; T.A.R. Lombardia - Milano (sezione IV), sentenza del 11 gennaio 2019, n. 45; T.A.R. Toscana (sezione I), sentenza del 25 marzo 2019, n. 422; T.A.R. Toscana (sezione I), sentenza del 26 aprile 2019, n. 611.
23. Cons. St., 16 dicembre 2019, n. 8501, p. 32.; si vedano anche T.A.R. Lombardia - Milano, sez. I, sentenza del 25 marzo 2019, n. 630; T.A.R. Lazio (sezione II), sentenza del 14 gennaio 2019, n. 425.
24. T.A.R. Toscana (sezione III), sentenza del 17 aprile 2019, n. 577.
25. Si veda T.A.R. Emilia Romagna - Parma (sezione I), sentenza del 18 luglio 2018, n. 197.
26. Cons. St., 16 dicembre 2019, n. 8501, p. 32.
27. Si veda Cons. St., parere del 18 febbraio 2016, n. 515; Cons. St., 5 giugno 2019, n. 3780; T.A.R. Lombardia - Milano (sezione IV), sentenza del 11 gennaio 2019, n. 45; T.A.R. Toscana (sezione I), sentenza del 25 marzo 2019, n. 422; T.A.R. Toscana (sezione I), sentenza del 26 aprile 2019, n. 611.
28. Cons. St., 16 dicembre 2019, n. 8501, p. 37.
29. Cons. St., 16 dicembre 2019, n. 8501, p. 37-38.
30. Cons. St., 16 dicembre 2019, n. 8501, p. 39
31. Cons. St., 16 dicembre 2019, n. 8501, p. 42.
32. Cons. St., 5 giugno 2019, n. 3780.