

GABRIELLA M. RACCA

Professore Ordinario di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Torino
gabriella.racca@unito.it

L'EVOLUZIONE DEL PRINCIPIO DI BUONA FEDE NELLA TRASFORMAZIONE DIGITALE DEI CONTRATTI PUBBLICI

THE EVOLUTION OF GOOD FAITH PRINCIPLE IN THE DIGITAL TRANSFORMATION OF PUBLIC CONTRACTS

SINTESI

L'articolo analizza le trasformazioni digitali e le innovazioni nel settore dei contratti pubblici in relazione alla espressa introduzione nella legge italiana sul procedimento amministrativo dei principi di collaborazione e di buona fede nei rapporti fra amministrazioni e privati. Tali principi si impongono alla parte pubblica e all'operatore economico privato nel corso di trattative "multiple" o "parallele" volte alla selezione del contraente. L'impiego di strumenti digitali *by default* e l'attuazione del principio del "*once only*" fondano un rinnovato "patto collaborativo digitale" tra amministrazioni, professionalmente ed organizzativamente adeguate e operatori economici qualificati, assicurando piena tracciabilità della partecipazione, effettiva trasparenza e tempestività per conseguire il risultato ultimo della corretta esecuzione dei contratti pubblici.

ABSTRACT

The article focuses on digital transformation and innovation in public contracts following the introduction in the Italian Law of the principles of collaboration and good faith among public administration and individuals (mainly economic operators, in public contracts). These principles are imposed on the public administration and on the economic operators during the "multiple" or "parallel" negotiations aimed at selecting the contractor. The digitalisation by default and the implementation of the once only prin-

ciple require a renewed “digital alliance” between professionally adequate administrations and qualified economic operators, ensuring full traceability, effective transparency, and promptness for the ultimate goal of the correct execution of public contracts.

PAROLE CHIAVE: *Contratti pubblici – collaborazione – buona fede – trasformazione digitale – once-only – responsabilità della pubblica amministrazione*

KEYWORDS: *public contracts – cooperation – good faith – digital transformation – once-only principle – public administration liability*

INDICE: 1. La trasformazione digitale dei contratti pubblici e il nuovo “patto collaborativo digitale” – 2. Le trattative parallele e la correttezza intesa come non contraddittorietà – 3. La necessaria collaborazione e buona fede dell’operatore economico per la verifica della qualificazione e l’esclusione dei gravi illeciti professionali 4. – La concentrazione della tutela e la responsabilità per “comportamento” contrario alla buona fede e correttezza 5. – Verso una “buona contrattazione digitale”

1. La trasformazione digitale dei contratti pubblici e il nuovo “patto collaborativo digitale”

Come noto, di recente nella legge sul procedimento amministrativo si è previsto che: *“I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede”* in collegamento con il contestuale principio dell’uso degli strumenti digitali *by default* e del principio del *once only*¹.

L’esperienza pandemica ha evidenziato la necessità di un rinnovato rapporto di fiducia e collaborazione reciproca tra amministrazione e privati. Un rapporto di fiducia reciproca basato su obblighi di cooperazione e buona fede oggi innovati dalla trasformazione digitale².

1 Art. 1, c. 2-bis, l. n. 241 del 1990, introdotto dall’art. 12, c. 1, lett. 0a), d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito con l. n. 120 del 2020, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, recante «Misure urgenti per la semplificazione e l’innovazione digitali» (Decreto Semplificazioni)* e art. 3-bis, l. n. 241 del 1990, cit., introdotto dall’art. 3, l. n. 15 del 2005, *Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull’azione amministrativa*, come modificato dall’art. 12, c. 1, lett. b): “1. Per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche agiscono mediante strumenti informatici e telematici, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati”, introdotto dal medesimo d.l., poi conv in l. 120 del 2020, cit.

2 R. CAVALLO PERIN, M. LIPARI e G. M. RACCA (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni per l’attuazione della legge delega*, Jovene, Napoli, 2022; S. TORRICELLI, intervento nel seminario “Buona fede? Giornata di studio sull’applicazione, sul consolidamento e sulle prospettive del principio di buona fede nei rapporti con le pubbliche amministrazioni?”, Università degli Studi di Firenze, 14 ottobre 2022.

Nei contratti pubblici, occorre ricordare che il privato non è un semplice cittadino, ma è un operatore economico spesso dotato di professionalità anche più elevate dell'amministrazione pubblica con cui si rapporta³. Per questo occorre ridefinire un nuovo “patto collaborativo digitale”, una nuova “alleanza digitale” fondati sulla correttezza e buona fede, dell'uno verso l'altro, fin dall'avvio della procedura e per tutto il rapporto giuridico amministrativo conseguente. Si è già prospettato che il rapporto contrattuale si evolva verso un'alleanza digitale (*framework alliance*) ove la piena trasparenza e tracciabilità superino i comportamenti opportunistici e permettano una nuova forma di collaborazione anche fra più controparti private⁴.

L'evoluzione del sistema permette di considerare che le fasi che precedono la stipula del contratto pubblico non possano essere assimilate alle trattative tra privati e non risultino disgiunte dall'obiettivo di raggiungere il fine di interesse pubblico della stipulazione ed esecuzione del contratto pubblico, esplici-

3 Come già evidenziato da: A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. amm.*, n. 1/1998, 1 – 25, spec. 18 – 19.

4 Il riferimento va alla modellazione digitale per gli appalti di lavori tramite strumenti elettronici specifici utilizzati per l'edilizia e le infrastrutture (*Building Information Modeling* o BIM). Sul tema: G. M. DI GIUDA, V. VILLA (a cura di), *Il Bim. Guida completa al Building Information Modeling*, Milano, Hoepli, 2016; D. MOSEY, *The origins and purposes of the FAC-1 framework alliance contract*, in *International Construction Law Review*, n. 4/2017, 391 – 405; S. VALAGUZZA, *Governare per contratto. Come creare valore attraverso i contratti pubblici*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018, 185 ss.; ID. *Gli accordi collaborativi come elemento cruciale per una regolazione strategica nel settore delle costruzioni*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019; G. M. DI GIUDA (a cura di), *Introduzione al BIM. Protocolli di modellazione e gestione informativa*, Società Editrice Esculapio, Bologna, 2019; G. M. DI GIUDA, G. M. RACCA, *From Works Contracts to Collaborative Contracts: The Challenges of Building Information Modeling (Bim) in public procurement*, in G. M. RACCA, C. R. YUKINS (a cura di), *Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders*, in *Droit Administratif / Administrative Law Collection* (Directed by J.-B. Auby), Bruylant, Bruxelles, 2019, 223 – 271; G. M. RACCA, *La modellazione digitale per l'integrità, l'efficienza e l'innovazione nei contratti pubblici*, in *Ist. fed.*, n. 3/2019, 739 – 766; G. M. DI GIUDA, S. VALAGUZZA, *Gli accordi collaborativi come elemento cruciale per una regolazione strategica nel settore delle costruzioni*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019; R. CAVALLO PERIN, G. M. RACCA, *Smart Cities for an Intelligent Way of Meeting Social Needs*, in J.-B. AUBY (a cura di), *Le Future du Droit Administratif/The Future of Administrative Law*, SciencesPo & Lexis Nexis, Paris, 2019, 431 ss.; G. M. RACCA, *I contratti pubblici collaborativi e le prospettive innovative della modellazione digitale (Building Information Modeling, BIM)*, in G. F. FERRARI (a cura di), *Smart City. L'evoluzione di un'idea*, Mimesis, Milano-Udine, 2020, 581 ss.; E. QUADRI, *La modellazione digitale dei contratti e gli accordi collaborativi*, in R. CAVALLO PERIN, M. LIPARI, G. M. RACCA, *Contratti pubblici e innovazioni per l'attuazione della legge delega*, cit., 95 ss.

tato nella proposta di decreto legislativo per l'attuazione della legge delega per la riforma del codice dei contratti pubblici nel principio del risultato⁵.

Per questa ragione, non appare possibile disgiungere in fasi un procedimento complessivo che volge all'unico obiettivo e che funzionalizza le trattative che vengono formalizzate a tal fine.

Da tempo si era individuata la possibilità di considerare il comportamento dell'amministrazione come scorretto benché il recesso dalle trattative fosse giudicato non illegittimo. Tuttavia, ciò non permette di considerare il diritto alla correttezza come disgiunto dal fine pubblico perseguito ed evidenzia unicamente la complessità degli elementi da considerare per attuare l'interesse pubblico alla "buona contrattazione"⁶.

5 Art. 1 ("Principio del risultato") dello schema di Codice dei contratti pubblici, in attuazione dell'art. 1, l. n. 78 del 2022, *Delega al Governo in materia di contratti pubblici*, elaborato dal Consiglio di Stato e pubblicato il 7 dicembre 2022 in: www.giustizia-amministrativa.it. In particolare, si evidenzia il collegamento tra buon andamento e obiettivi di risultato, atteso che "3. Il principio del risultato costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità". Sul connesso tema dell'amministrazione di risultato si v. già: L. IANNOTTA, *Previsioni e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, n. 1/1999, 57 – 110; A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula "amministrazione per risultati"*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, Jovene, Napoli, 2001, 813 – 826; ID., *Analisi economica del diritto e "amministrazione di risultato"*, in *Dir. Amm.*, n. 1/2007, 63 – 78; M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, *Atti del Convegno (Palermo, 27-28 febbraio 2003)*, Giappichelli, Torino, 2004.

6 Sia consentito il rinvio a: G. M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Jovene, Napoli, 2000; ID., *Giurisdizione esclusiva e affermazione della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Urb. app.*, n. 2/2002, 199 ss.; ID., *Sindacato sulla decisione di non procedere all'aggiudicazione di un appalto pubblico (recesso dalle trattative) e responsabilità precontrattuale*, nota a C. giust. CE, sez. VI, 18 giugno 2002 (causa C-92/00), in *Il Foro amm. – CdS.*, 9/2002, 1976 ss.; ID., *Principio di correttezza e responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Serv. pubb. app.*, n. 1/2003, 102 ss.; ID., *Comportamento scorretto, atto legittimo e responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Urb. app.*, n. 8/2003, 943 ss.; ID., *Vendita di cosa futura e recesso corretto della parte pubblica dalle trattative* (nota a Cons. St., sez. VI, 1° marzo 2005 n. 816), in *Urb. app.*, n. 8/2005, 944 ss.; ID., *Voce Correttezza (diritto amministrativo)*, in S. CASSESE (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2006, 1529 – 1536; ID., *La responsabilità contrattuale e precontrattuale della pubblica amministrazione*, in P. RESCIGNO, E. GABRIELLI (dir.), *Trattato dei contratti*, Tomo Primo, cap. X, *I contratti con la pubblica amministrazione* C. FRANCHINI, (a cura di), UTET, Torino, 2007, 637 – 696; ID., *Contratti pubblici e comportamenti contraddittori delle pubbliche amministrazioni: la responsabilità precontrattuale*, nota a Cons. Stato, sez. VI, 17 dicembre 2008, n. 6264, in *Rivista Neldiritto*, n. 2/2009, 281 ss. Si v. da ult.: ID., *Le responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, in *Dir. amm.*, n. 3/2022, 601 – 639.

Anche in caso di affidamento diretto, l'amministrazione pubblica deve pur sempre attuare la sequenza procedimentale che impone tracciabilità e trasparenza, dalla richiesta ad Anac del codice identificativo gara (CIG), alla verifica della qualificazione dell'operatore economico, fino all'accertamento della corretta esecuzione e alla fatturazione elettronica. Si tratta in ogni caso di attività connesse all'esercizio di un potere pubblico che comporta comunque l'applicazione di principi nazionali ed europei. Attività connesse che, come di recente precisato dalla Corte costituzionale, escludono solo i comportamenti meramente materiali in nessun modo riconducibili a poteri pubblici (insidie e trabocchetti, omissione di custodia) e che invece includono ogni comportamento che risulti anche solo in via mediata, anche solo per l'omessa adozione di atti organizzativi del servizio pubblico⁷. Viene così chiarito che la connessione dei comportamenti, anche solo omissivi, con l'esercizio di poteri pubblici può riguardare non solo quelli autoritativi, ma anche organizzativi ed esercitati mediante moduli consensuali⁸.

Non pare sussistere alcuno spazio per una giurisdizione civile sulle trattative delle pubbliche amministrazioni, variamente procedimentalizzate, ma in ogni caso finalizzate al perseguimento dell'interesse pubblico e con un vincolo per la parte pubblica ad una correttezza rafforzata e peculiare rispetto a quella dei privati.

7 Corte cost., sent. 15 luglio 2022, n. 178 (Pres. Amato; Red. De Pretis), in cui si dichiara la non fondatezza delle questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Tribunale di Reggio Calabria in riferimento all'art. 133, c. 1, lett. p), cod. proc. amm., che sulla scorta della giurisprudenza della Corte di Cassazione, assunta a "diritto vivente" devolvrebbe alla giurisdizione esclusiva del g.a. le controversie risarcitorie per danni conseguenti a comportamenti meramente materiali della p.a. nella gestione del ciclo dei rifiuti. La Corte ha ravvisato l'erroneità dell'indirizzo interpretativo e richiamato le pronunce che, sulla scorta dell'interpretazione offerta dalla stessa Corte costituzionale, consentono sempre di escludere dalla giurisprudenza del g.a. i meri comportamenti (insidie e trabocchetti).

8 Corte cost., sent. 15 luglio 2022, n. 178, cit., p.to 3.2., per cui: "*L'affermazione della giurisdizione del giudice amministrativo si collega, dunque, a un comportamento materiale della pubblica amministrazione riconducibile all'omessa adozione dei provvedimenti organizzativi del servizio pubblico [di raccolta dei rifiuti]*".

Anche la previsione del risarcimento del danno connesso alle violazioni delle norme di selezione del contraente non ha inciso sulla qualificazione delle trattative, sempre pubbliche, e strutturalmente differenti da quelle tra privati perché impegnative per la parte pubblica, una volta avviate al condurle a termine con l'aggiudicazione e la stipula del contratto (ad esclusione, come ricordato delle motivate esigenze di recesso).

Anche i privati che partecipano ad affidamenti e gare pubbliche assumono un peculiare obbligo di “collaborazione e buona fede” come oggi esplicitato nella legge sul procedimento amministrativo che indubbiamente si applica anche ai contratti pubblici⁹.

L'operatore economico che non collabora e non segue le indicazioni delle procedure attuate su piattaforme digitali sarà considerato scorretto e potrà essere condannato al risarcimento del danno precontrattuale, ad esempio quando presenti offerte anomale occultando costi obbligatori.

Ed anche in tali casi non può dubitarsi che la giurisdizione resti comunque incardinata nel giudice amministrativo poiché segue la connessione con l'esercizio del potere, oltre alla giurisdizione esclusiva e per il principio della concentrazione delle tutele¹⁰.

9 B. SORDI, intervento nel seminario “Buona fede? Giornata di studio sull'applicazione, sul consolidamento e sulle prospettive del principio di buona fede nei rapporti con le pubbliche amministrazioni”, Università degli Studi di Firenze, 14 ottobre 2022.

10 Principio enunciato dall'art. 1, c. 1, d.lgs. n. 104 del 2010, *Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo*: “1. La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo”. Principio a garanzia della effettività della tutela richiesta dalla disciplina europea, nonché dall'art. 6 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) che afferma, come espressione del diritto ad un equo processo, il diritto ad un ricorso giurisdizionale “concreto ed effettivo” (Corte EDU, 4 dicembre 1995, n. 23805/94, *Bellet c. Francia*) al fine di garantire il rispetto del principio della certezza del diritto (Corte EDU, 15 ottobre 2002, n. 55782/00, *Cañete de Goñi c. Spagna*), richiedendo la concentrazione dei processi connessi, come corollario derivante dei doveri di tempestività ed effettività della tutela, come ricordato in: G. M. RACCA, *Le responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, cit., spec. 625 ss. Cfr. F. MERUSI, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, il Mulino, Bologna 2012, spec. 113 ss. e più di recente, E. GUARNIERI, *Funzionalizzazione e unitarietà della vicenda contrattuale negli appalti pubblici*, Bologna University Press, Bologna, spec. 311 ss.

Fasi che dalla programmazione alla pubblicazione di un bando e all'affidamento diretto o mediante i diversi metodi di selezione del contraente sicuramente integrano trattative precontrattuali inserite e formalizzate in procedimenti amministrativi funzionalizzati al perseguimento dell'interesse pubblico e come tali non separabili in fasi distinte, ma integrate oggi nella forma digitale dello svolgimento tracciabile su piattaforma.

Lo strumento digitale (necessario *by default*) innova il contenuto dell'attività, supera i formalismi, poiché si richiede la collaborazione del privato e la semplificazione della procedura nativa digitale in attuazione del principio del *once only* e assicura una completa tracciabilità¹¹.

La “buona contrattazione digitale” sarà verificata in corso di procedura ed *ex post* mediante la verifica di congruità dei risultati e la coerenza rispetto agli obiettivi di funzionalizzazione. Inoltre, nel tempo i dati raccolti costituiranno la base per l'applicazione degli strumenti di intelligenza artificiale, come già sperimentato in alcuni ordinamenti¹².

Nessuno spazio ai formalismi digitali, le piattaforme native digitali consentiranno i flussi di dati assicurando una sempre maggiore oggettività, tracciabilità e trasparenza mirata ai soggetti interessati e diretta, senza alcun onere aggiuntivo di ricaricamento di dati¹³.

11 F. RISSO, *La valutazione dell'offerta tecnica e la digitalizzazione*, in R. CAVALLO PERIN, M. LIPARI e G. M. RACCA (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni per l'attuazione della legge delega*, cit., 109 – 118.

12 A livello internazionale, il progetto Open Contracting Partnership mira a promuovere la diffusione di modelli e dati uniformi nei contratti pubblici, anche tramite la pubblicazione di report e linee guida. Si v.: OPEN CONTRACTING PARTNERSHIP, *Open Contracting Data Standard Guidance*, disponibile online a: <https://standard.open-contracting.org/latest/en/guidance/>. Degno di nota è inoltre il sistema di *e-procurement* ucraino ProZorro, elaborato da EBRD (*European Bank for Reconstruction and Development*) in collaborazione con Transparency International che attua i principi di trasparenza, accessibilità e interoperabilità dei dati sui contratti pubblici. E. NIEWIADOMSKA, C. NICHOLAS, *Transformational change: EBRD-UNCITRAL public procurement initiative revolutionises electronic public procurement*, in *Law in Transition Journal* 2020, 41 – 47.

13 La legge delega sui contratti pubblici (l. n. 78 del 2022, cit.) richiede di attuare “la digitalizzazione e l'informatizzazione delle procedure, la piena attuazione della Banca dati nazionale dei contratti pubblici e del fascicolo virtuale dell'operatore economico” (art. 1, c. 2, lett. m) e questo “anche attraverso l'utilizzo di banche dati a livello centrale che riducano le incertezze in sede di qualificazione degli operatori nelle singole procedure di gara” (art. 1, c. 2, lett. s). M. LIPARI, *Le innovazioni per l'effettività della tutela*, in R.

Gli strumenti di intelligenza artificiale permetteranno di rilevare scostamenti e anomalie che potranno costituire i nuovi vizi da sindacare in caso di rilevate contraddittorietà.

2. Le trattative parallele e la correttezza intesa come non contraddittorietà

Di recente anche la giurisprudenza amministrativa ha accolto soluzioni da tempo sostenute come l'instaurazione di trattative “parallele” o “multiple” con gli operatori economici¹⁴, che possono determinare responsabilità precontrattuale “*anche prima e a prescindere dell'aggiudicazione, nell'ambito [e] in tutte le fasi della procedura ad evidenza pubblica*”¹⁵.

Fin dalle fasi preliminari, quali l'analisi e la definizione dei fabbisogni, poi con la pubblicazione del bando, che costituisce anche un “invito ad offrire”, si formalizzano trattative che andranno ad instaurarsi con i partecipanti che presenteranno le rispettive offerte, che costituiscono anche proposte irrevocabili. In applicazione dei pubblicati criteri di aggiudicazione si individua l'aggiudicatario e si determina il recesso corretto dalle trattative con tutti gli altri partecipanti, non aggiudicatari.

Come ricordato, si tratta di trattative peculiari che vanno considerate in connessione alla specialità necessaria dell'azione amministrativa come diretta-

CAVALLO PERIN, M. LIPARI e G. M. RACCA (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni per l'attuazione della legge delega*, cit., 87 – 94. Si v.: A. CORRADO, intervento nel convegno “*La riforma digitale dei contratti pubblici*”, inaugurazione della VII edizione del Master di II livello in Strategie per l'Efficienza, l'Integrità e l'Innovazione nei contratti pubblici (SEIIC), Università degli Studi di Torino, 20 giugno 2022. Cfr.: E. CARLONI, *Il paradigma trasparenza. Amministrazioni, informazione, democrazia*, Il Mulino, Bologna, 2022; ID., *L'anticorruzione e la trasparenza nel sistema di procurement pubblico: tendenze e prospettive ai tempi del PNRR*, in *Dir. amm.*, n. 3/2022, 641 – 665.

14 Cons. Stato, Ad. Plen., sent. 4 maggio 2018, n. 5, e ripreso dalle Ad. Plen. nn. 19, 20 e 21 del 2021, che accoglie le prospettazioni proposte fin dal 2000, in G. M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., spec. 41 ss.

15 Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, con nota di S. FOÀ, M. CALDERARO, *Responsabilità precontrattuale della P.A. tra correttezza e autodeterminazione negoziale*, in *Resp. civ. prev.*, n. 5/1598 – 1613.

mente correlate all'esercizio del potere pubblico, o agli atti consensuali di selezione del contraente¹⁶.

Come noto, nelle trattative tra privati, in assenza di formalismo procedimentale – che invece qualifica la gara pubblica – è sempre possibile il recesso e l'interruzione della negoziazione, con il solo risarcimento del danno derivante da responsabilità precontrattuale. Nelle procedure ad evidenza pubblica, il procedimento per la scelta del migliore contraente comporta il sorgere di trattative del tutto peculiari e differenti da quelle tra privati, proprio perché proceduralizzate nel perseguimento dell'interesse pubblico¹⁷. La qualificazione di questo rapporto pare fondare obblighi di protezione e di prestazione perché l'amministrazione pubblica, a differenza del privato, una volta avviato il rapporto negoziale, quantomeno dalla pubblicazione di un bando, ha l'obbligo di concludere il contratto, ovvero di annullare o revocare gli atti della procedura; più in generale ha l'obbligo di concludere il procedimento con un provvedimento espresso (atto formale)¹⁸, ovviamente restando impregiudicato l'esito verso i destinatari. Così l'attività volta alla stipulazione del contratto pubblico implica la necessità di un recesso dalle trattative con i partecipanti non aggiudicatari e questo recesso, ove conforme alla complessiva disciplina della selezione ed ai relativi principi, risulta corretto e legittimo e normalmente non determina alcuna responsabilità precontrattuale.

La sopravvenuta mancanza di risorse, come motivazione del recesso, è da considerare nella prospettiva dell'interesse pubblico e la scorrettezza nel com-

16 D. SORACE, *I limiti della specialità necessaria dell'azione amministrativa*, in *Riv. giur. mezz.*, n. 2/2016, 447 – 458. Cfr. G. TROPEA, *La specialità del giudice amministrativo, tra antiche criticità e persistenti insidie*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2018, 889 – 977.

17 Così anche: M. C. CAVALLARO, intervento nel seminario “Buona fede? Giornata di studio sull'applicazione, sul consolidamento e sulle prospettive del principio di buona fede nei rapporti con le pubbliche amministrazioni”, Università degli Studi di Firenze, 14 ottobre 2022.

18 Cfr. la giurisprudenza della Corte EDU (sent. 6 marzo 2007, n. 43662/98, *Scordino e altri c. Italia*) sulla cd. occupazione acquisitiva, sino alla declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 43, D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, *Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità* (Corte cost., 8 ottobre 2010, n. 293, Pres. Amirante; Red. Tesauro).

portamento di una ritardata comunicazione al destinatario è in ogni caso rilevante come violazione dell'obbligo di collaborazione e buona fede.

La possibile illegittimità del recesso e la scorrettezza del comportamento imputabile sia alla parte pubblica che all'operatore economico non escludono che entrambe le prospettive siano valutabili sempre nell'ambito della funzione pubblica. L'operatore secondo in graduatoria avrebbe così la possibilità di dimostrare che la procedura non sia stata svolta correttamente e, conseguentemente, la scorrettezza del recesso dell'amministrazione aggiudicatrice dalle trattative "multiple". In sede di autotutela o di ricorso giurisdizionale si potrà procedere alla correzione della scorrettezza ovvero al risarcimento del danno, con il riconoscimento del diritto alla stipula di quel contratto, e non di uno diverso, come tra privati. Tutto ciò segna una profonda differenza con le trattative tra privati, in cui né il privato aggiudicatario, né un terzo partecipante potrebbero dimostrare di avere diritto alla stipula del contratto per il quale si svolgono le trattative, se non nel peculiare caso di un previo contratto preliminare.

Questa rilettura della gara pubblica come connotata dalla correttezza procedimentale di entrambe le parti consente di sviluppare il ragionamento sulla buona fede precontrattuale in chiave di obblighi reciproci, non solo dell'amministrazione, ma anche degli operatori economici partecipanti alla gara, sempre correlati all'esercizio del potere di selezione del contraente ed agli atti consensuali connessi, nel rispetto dei principi nazionali ed europei¹⁹. In questa prospettiva se il privato ha presentato un'offerta anomala, l'amministrazione potrebbe domandare al giudice amministrativo il risarcimento del danno precontrattuale connesso allo spreco di risorse e tempo sopportato a causa di tale scorrettezza, in una prospettiva di reciprocità. Così un risarcimento del danno grava sul privato che rifiuta pretestuosamente di stipulare il contratto, non volendo adempiere alla proposta irrevocabile presentata in gara, costringendo

19 Così: D. SORACE, intervento nel seminario "Buona fede? Giornata di studio sull'applicazione, sul consolidamento e sulle prospettive del principio di buona fede nei rapporti con le pubbliche amministrazioni", Università degli Studi di Firenze, 14 ottobre 2022.

l'amministrazione appaltante a revocare l'aggiudicazione e a riaffidare il contratto ad un altro operatore economico a condizioni economiche meno favorevoli²⁰.

Un'interpretazione innovativa dell'azione amministrativa, responsabile, coerente con gli affidamenti suscitati sembra richiedere il rispetto di peculiari obblighi di correttezza nei rapporti con gli operatori economici, il che non può non valere anche "a parti invertite" con riferimento alla condotta del privato, seppure a sua volta connessa e destinata a confluire in atti dell'amministrazione²¹.

Il principio di buona fede, finalmente positivizzato nella legge sul procedimento amministrativo, viene ad assumere caratteristiche peculiari richiedendo un *quid pluris* rispetto alla buona fede tra privati e una correttezza che risulta "rafforzata"²². All'amministrazione pubblica si richiede uno sforzo maggiore in termini di trasparenza, tracciabilità, collaborazione e buona fede, secondo l'aderenza ad obblighi di condotta che sono in parte tipizzati dalle regole che disciplinano la scelta del contraente e che rimangono in parte atipici, a differenza di quanto normalmente avviene tra privati. Nessuna trattativa condotta da una pubblica amministrazione può essere assimilata a quelle tra privati perché in ogni caso risulta formalizzata e funzionalizzata all'interesse pubblico.

3. La necessaria collaborazione e buona fede dell'operatore economico per la verifica della qualificazione e l'esclusione dei gravi illeciti professionali

20 La fattispecie è stata recentemente decisa dal T.A.R. Toscana, sez. I, sent. 18 novembre 2022, n. 1348 che tuttavia ha declinato la propria giurisdizione in favore di quella del g.o., ritenendo il rifiuto dell'aggiudicatario di concludere il contratto (fatto generatore dell'illecito) estraneo all'esercizio di un potere pubblico.

21 Si v. in tal senso: Cons. Stato, sez. II, 31 dicembre 2020, n. 8546 in cui si afferma che la possibilità di agire in giudizio da parte dell'amministrazione è stata "da sempre riconosciuta dal giudice amministrativo, avuto riguardo in particolare alle azioni a titolo di responsabilità precontrattuale proposte nei confronti delle controparti private, per condotte scorrette nella fase delle trattative" chiarendosi che la violazione della buona fede e correttezza "genera non invalidità provvedimentoale, ma responsabilità. il che non può non valere anche con riferimento alla condotta del privato".

22 Così già in: G. M. RACCA, *Le responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, cit., 601 ss.

Certamente, il rapporto fiduciario tra l'amministrazione e gli aspiranti contraenti presenta dei punti critici quali, ad esempio, la disciplina dei "gravi illeciti professionali" di cui la nuova legge delega richiede la "razionalizzazione e semplificazione delle cause di esclusione [...] al fine di rendere le regole di partecipazione chiare e certe"²³ con una regolazione omogenea e oggettiva degli stessi in conformità alle norme europee²⁴. La buona fede può operare nella fase preliminare della gara, in cui l'amministrazione deve decidere se assicurare "fiducia" all'aspirante contraente. I principi di collaborazione e buona fede reciproca impongono anche al privato di garantire correttezza e non contraddittorietà²⁵.

Si è ritenuto, in attuazione della delega, di formulare ipotesi e casistiche di "scorrettezza" del privato in presenza delle quali l'amministrazione dovrebbe escludere dalla gara l'operatore economico, che tuttavia scontreranno sempre il rischio della incompletezza e della genericità, con le conseguenti difficoltà interpretative e il connesso contenzioso²⁶.

23 Art. 1, c. 2, lett. n), l. n. 78 del 2022, cit.

24 Art. 57, par. 4, Direttiva 2014/24/EU e art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016.

25 Sulla buona fede in ambito processuale si v.: G. TROPEA, intervento nel seminario "Buona fede? Giornata di studio sull'applicazione, sul consolidamento e sulle prospettive del principio di buona fede nei rapporti con le pubbliche amministrazioni", Università degli Studi di Firenze, 14 ottobre 2022.

26 Si v. l'art. 98, c. 4, lett. da a) a i), dello schema di Codice dei contratti pubblici, cit., ove vi si riportano nove categorie di fattispecie che integrano un "Illecito professionale grave": "4. L'illecito professionale si può desumere al verificarsi di almeno uno dei seguenti elementi: a) sanzione esecutiva irrogata dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato o da altra autorità di settore, rilevante in relazione all'oggetto specifico dell'appalto; b) condotta dell'operatore economico che abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a proprio vantaggio oppure che abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione; c) condotta dell'operatore economico che abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento oppure la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili, derivanti da inadempienze particolarmente gravi o la cui ripetizione sia indice di una persistente carenza professionale; d) condotta dell'operatore economico che abbia commesso grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori; e) condotta dell'operatore economico che abbia violato il divieto di intestazione fiduciaria di cui all'articolo 17 della legge 19 marzo 1990, n. 55, laddove la violazione non sia stata rimossa; f) omessa denuncia all'autorità giudiziaria da parte dell'operatore economico vittima dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, salvo che ricorrano i casi previsti dall'articolo 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689. La circostanza di cui al primo periodo deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato nell'anno antecedente alla pubblicazione del bando e deve essere comunicata, unitamente alle generalità del soggetto che ha omesso la predetta denuncia, dal procuratore della Repubblica precedente all'ANAC, la quale ne

Tale obiettivo può essere più efficacemente perseguito tramite la digitalizzazione che impone nuovo sistema basato piattaforme e strumenti innovativi che permettano di acquisire una grande quantità di dati tali da rendere evidente ed oggettiva la qualificazione e l'affidabilità dell'operatore economico, ovvero la sua mancanza²⁷. Nel caso i dati evidenzino rischi di scarsa affidabilità, si potrà aprire il contraddittorio e permettere all'operatore economico di fornire nuovi dati, di correggere ed integrare le risultanze della valutazione ottenuta digitalmente, così superando i rischi di carenze e arbitrarietà delle valutazioni²⁸.

*cura la pubblicazione; g) contestata commissione da parte dell'operatore economico, ovvero dei soggetti di cui al comma 3 dell'articolo 94 di taluno dei reati consumati o tentati di cui al comma 1 del medesimo articolo; h) contestata o accertata commissione, da parte dell'operatore economico oppure dei soggetti di cui al comma 3 dell'articolo 94 di taluno dei seguenti reati consumati: 1) abusivo esercizio di una professione; 2) reati fallimentari (bancarotta semplice e bancarotta fraudolenta, omessa dichiarazione di beni da comprendere nell'inventario fallimentare, ricorso abusivo al credito); 3) reati tributari ai sensi del decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74, delitti societari, delitti contro l'industria e il commercio; 4) reati urbanistici di cui all'articolo 44, comma 1 lettere b) e c) del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, con riferimento agli affidamenti aventi ad oggetto lavori o servizi di architettura e ingegneria; 5) reati previsti dal decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231; i) commissione, da parte dell'operatore economico, di condotte diverse da quelle di cui alle precedenti lettere, la cui gravità incida in modo evidente sull'affidabilità ed integrità del medesimo in misura tale da compromettere l'interesse pubblico". M. CLARICH, *Le innovazioni per la qualificazione degli operatori economici*, in R. CAVALLO PERIN, M. LIPARI e G. M. RACCA (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni per l'attuazione della legge delega*, cit., 79 – 85.*

27 Art. 1, c. 2, lett. m) e art. 1, c. 2, lett. s), l. n. 78 del 2022, cit. La Guardia di Finanza del Veneto, anche in collaborazione con le Università, sta sviluppando algoritmi per l'analisi di oltre 160 banche dati, con un sistema applicativo, "P.R.I.C.E.", in grado di rilevare il rischio di operatori economici e amministratori. La Guardia di Finanza e il Presidente della Regione Veneto hanno firmato un protocollo che regola la collaborazione per prevenire l'insinuarsi di elementi fraudolenti, delinquenziali e mafiosi nei bandi del PNRR. Si v. l'intervento di G. MAINOLFI nel convegno "Il comune nella finanza globale: i conti pubblici nel "front office" dello Stato alla prova del NGUE", sessione "Le basi informative e le metodologie di analisi quantitativa. La dimensione locale e l'attuazione del PNRR", Venezia, 17 dicembre 2021. Sugli obblighi informativi del privato che non escludono il "potere/dovere" e "la connessa responsabilità dell'amministrazione di compiere autonomamente la valutazione" sulla qualificazione dell'operatore economico, specialmente tramite l'ausilio di strumenti informatici e banche dati: S. TORRICELLI, *Il principio di buona fede nelle procedure di gara, tra obblighi (dell'impresa) di informare e obblighi (dell'amministrazione) di informarsi*, in *Munus*, 477 – 498, spec. 483 ss.; ID., *Buona fede e conformazione degli obblighi informativi a carico dell'impresa partecipante alla gara. I punti fermi posti dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 16/2020*, in *giust.amm.it*, 1 – 12.

28 Si v. l'art. 92 ("Procedimento di rilascio delle informazioni antimafia"), d.lgs. n. 159 del 2011, *Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136*, modificato dall'art. 48, c. 1, lett. a), d.l. 6 novembre 2021, n. 152, convertito dalla l. n. 33 del 2021, *Disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per la prevenzione delle infiltrazioni mafiose*. Si v. l'intervento di S. PERONGINI, *Questioni controverse in tema di interdittive antimafia*, nel convegno "Questioni controverse di diritto amministrativo. Un dialogo tra Accademia e Giurispruden-

In tale prospettiva, il Fascicolo Virtuale dell'Operatore Economico potrà costituire una sorta di “semaforo verde” per una gran parte degli operatori economici, liberandoli da oneri burocratici e affrancando le pubbliche amministrazioni dalla reiterazione di dispendiose verifiche dell'assenza di cause di esclusione e dei requisiti di qualificazione con il notevole conseguente contenzioso, spesso collegato a errori formali²⁹.

L'obiettivo è quindi superare il problema della tipizzazione delle cause di esclusione e facilitare il procedimento di qualificazione dell'operatore economico mediante l'analisi dati e l'interoperabilità delle banche dati.

Si chiederà agli operatori economici di collaborare aggiornando il proprio fascicolo virtuale in attuazione del nuovo “patto collaborativo digitale” fondato, oltre che sulla buona fede, anche sul principio del “*once-only*”. Tale principio comporta infatti che i documenti e i dati siano richiesti dalle pubbliche amministrazioni una volta sola, o, meglio, che siano acquisiti direttamente mediante sistemi informativi interoperabili. Ciò consentirebbe, anche nel settore dei contratti pubblici, l'effettiva attuazione dell'acquisizione e dell'accertamento d'ufficio previsti da tempo dalla legge sul procedimento amministrativo, superando l'autocertificazione, grazie all'interoperabilità delle banche dati e del-

za”, Consiglio di Stato, Roma, 1° aprile 2022. Si v. l'art. 98 (“Illecito professionale grave”) dello schema di Codice dei contratti pubblici, cit. in cui “*sono indicati, in modo tassativo, i gravi illeciti professionali, nonché i mezzi adeguati a dimostrare i medesimi*” (cfr. art. 95, c. 1, lett. c) su cui tuttavia residuano margini di interpretazione. Sul *self-cleaning* si v. il nuovo art. 96 (“Disciplina dell'esclusione”), c. 6 dello schema di Codice dei contratti pubblici, cit.: “*6. Un operatore economico [...] può fornire prova del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità. Se tali misure sono ritenute sufficienti e tempestivamente adottate, esso non è escluso dalla procedura d'appalto. A tal fine, l'operatore economico dimostra di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito, di aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale collaborando attivamente con le autorità investigative e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti. Le misure adottate dagli operatori economici sono valutate considerando la gravità e le particolari circostanze del reato o dell'illecito, nonché la tempestività della loro assunzione. Se la stazione appaltante ritiene che le misure siano intempestive o insufficienti, ne comunica le ragioni all'operatore economico*”.

29 Si veda: M. LIPARI, *Le innovazioni per l'effettività della tutela*, in R. CAVALLO PERIN, M. LIPARI e G. M. RACCA (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni per l'attuazione della legge delega*, cit., 87 – 94.

le piattaforme³⁰. Si impone così il superamento della “gelosia del dato” e con essa la realizzazione dell’*“interoperability by default”*³¹. Tale principio potrà trovare puntuale applicazione nel settore dei contratti pubblici, specialmente nella prossima riforma³².

Questa trasformazione, supportata dall’intelligenza artificiale, permetterebbe inoltre, dopo aver verificato la correttezza e la buona fede degli operatori economici, di verificare anche in taluni casi la qualità delle offerte, aprendo alla possibilità di predisporre criteri di aggiudicazione che specifichino elementi di qualità misurabile con la previsione dei punteggi da attribuire sulla base di una scala di intervalli significativi per permettere l’assunzione di decisioni, anche automatizzate, che rendano oggettiva e trasparente la scelta del contraente, pur restando sempre verificabili *ex post*³³. Le Direttive europee già consentono tali

30 Art. 18, l. n. 241 del 1990, n. 241, cit. Si rinvia a: G. M. RACCA, *Le innovazioni necessarie per la trasformazione digitale e sostenibile dei contratti pubblici*, in *federalismi.it*, Osservatorio Trasparenza, 1° giugno 2022.

31 G. M. RACCA, *Le innovazioni necessarie per la trasformazione digitale e sostenibile dei contratti pubblici*, in R. CAVALLO PERIN, M. LIPARI e G. M. RACCA (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni per l’attuazione della legge delega*, cit., 9 – 44. Si v.: ANAC, *Strategie e azioni per l’effettiva semplificazione e trasparenza nei contratti pubblici attraverso la completa digitalizzazione: le proposte dell’Autorità*, 27 maggio 2020, 12 ss. Cfr. Regolamento di Esecuzione (UE) 2019/1780 della Commissione del 23 settembre 2019 che stabilisce modelli di formulari per la pubblicazione di avvisi e bandi nel settore degli appalti pubblici e che abroga il regolamento di esecuzione (UE) 2015/1986 («formulari elettronici»), 25.10.2019, L 272/7; COMMISSIONE UE, *Interoperability in end-to-end eProcurement*, Directorate-General for Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs, Publications Office of the European Union, 2020; CONSIGLIO DELL’UNIONE EUROPEA, *Conclusioni del Consiglio. Investimenti pubblici mediante appalti pubblici: ripresa sostenibile e rilancio di un’economia dell’UE resiliente*, 30.11.2020, 2020/C 412 I/01; COMMISSIONE UE, *Report on the ESPD survey*, Directorate-General for Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs, Publications Office of the European Union, 2020; COMMISSIONE UE, *Fit For Future Platform Opinion, Public procurement legislation (e-procurement)*, 2021/SBGR1/05, 10 December 2021. Si v. in Francia l’*Art. R2143-4* del nuovo *Code de la commande publique* in vigore dal 1° aprile 2019, che consente all’operatore economico di presentare la propria candidatura tramite il *Document Unique De Marché Européen* (DUME) che consiste in uno scambio di dati strutturato, redatto secondo il modello di formulario per il documento di gara unico europeo. Il DUME, impostato in base ai requisiti inseriti nel sistema *e-Certis*, consente di recuperare automaticamente alcuni dati già detenuti dalle amministrazioni (es. in materia fiscale). Gli operatori economici possono riutilizzare il documento unico di gara europeo già utilizzato in una precedente procedura, a condizione che confermino che le informazioni ivi contenute sono ancora valide: così dal portale “CHORUS” per la redazione del DUME e la sua riutilizzazione (<https://dume.chorus-progouv.fr/#/accueil>).

32 Art. 1, c. 2, lett. s), l. n. 78 del 2022, cit.

33 Art. 1, c. 2, lett. t), l. n. 78 del 2022, cit.: *“individuazione delle ipotesi in cui le stazioni appaltanti possono ricorrere ad automatismi nella valutazione delle offerte e tipizzazione dei casi in cui le stazioni appal-*

sperimentazioni, richiedendo che l'aggiudicazione sia "oggettiva". Ovviamente si tratterebbe di scelte da perseguire in relazione all'oggetto del contratto, con differenti possibilità di intervento di una commissione giudicatrice ove residuino spazi di valutazione non oggettivabili³⁴.

La Corte di Giustizia ha di recente precisato che i criteri di aggiudicazione devono sempre consentire all'amministrazione aggiudicatrice "*una valutazione efficace ed obiettiva delle offerte presentate*". Per garantire un raffronto oggettivo e scongiurare il rischio di trattamento arbitrario, che tali criteri siano definiti in modo dettagliato³⁵. Si esclude che i criteri di aggiudicazione possano attribuire all'amministrazione un'incondizionata libertà di scelta³⁶.

Si richiedono sotto-criteri sufficientemente precisi per assicurare una tale valutazione e permettere una effettiva tutela, preferibilmente mediante la correzione della violazione intervenuta. Una valutazione comparativa sufficiente-

tanti possono ricorrere, ai fini dell'aggiudicazione, al solo criterio del prezzo o del costo". Negli Stati Uniti, contro l'abuso dei prezzi nei contratti federali, la serietà delle trattative è assicurata dalla facoltà per i *contracting officers*, introdotta sin dal 1962 dal "*Truthful Cost or Pricing Data Act*" (anche noto come "*Truth in Negotiations Act*" o "*TINA*"), di richiedere agli operatori economici nei contratti sopra talune soglie di valore ulteriori "*certified cost or pricing data*" (come previsto dal "*Federal Acquisition Regulation*", *Subpart 15.4* – "*Contract Pricing*").

34 Direttiva 2014/24/EU, cons. 90: "*L'aggiudicazione dell'appalto dovrebbe essere effettuata applicando criteri obiettivi che garantiscano il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento per garantire un raffronto oggettivo del valore relativo delle offerte*".

35 Si v. di recente: Corte giustizia UE, Sez. IV, 17 novembre 2022, C-54/21, *Antea Polska S.A. et al. c. Panstwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie*, spec. p.to 92 in merito al bilanciamento tra la riservatezza con i principi di trasparenza nei contratti pubblici e di tutela giurisdizionale effettiva. Nel caso di specie, si trattava di informazioni attinenti alla "*concezione dello sviluppo del progetto*" e alla "*descrizione delle modalità di esecuzione del contratto*", pretesamente sottratti all'accesso in quanto considerati segreti commerciali. La Corte ha chiarito che le normative nazionali devono prevedere la definizione di quali informazioni siano da comunicare ai partecipanti, da considerare riservate, o segrete e da comunicare solamente in sede giudiziaria per un esame completo di fatto e di diritto. È dunque conforme al diritto dell'Unione la previsione *ex ante* di quanto dei dati che transitano nella piattaforma di *e-procurement* sia automaticamente ostensibile ai soggetti interessati: così nello schema di Codice dei contratti pubblici, cit., agli artt. 19 ("Principi e diritti digitali"); 20 ("Principi in materia di trasparenza"); 22 ("Ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale (e-procurement)") e 23 ("Banca dati nazionale dei contratti pubblici").

36 Art. 67 ("Criteri di aggiudicazione dell'appalto"), Direttiva 2014/24/EU, cit. I criteri di aggiudicazione non attribuiscono, in ogni caso, all'amministrazione aggiudicatrice un'incondizionata libertà di scelta, ma richiedono di "*garantire il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, al fine di garantire un raffronto oggettivo del valore relativo delle offerte e quindi un'effettiva concorrenza*", come ribadito da: Corte giustizia UE, Sez. IV, 20 settembre 2018, *Montte SL c. Musikene*, C-546/16, p.to 31.

mente efficace del livello di prestazione presentato dagli offerenti al fine di valutare il grado di soddisfacimento di detti criteri.

La modellazione digitale, fin dalla definizione dei fabbisogni della parte pubblica con la conseguente progettazione, potrà garantire la permanenza del vincolo fiduciario specie in sede di esecuzione, a maggior ragione nel settore dei lavori pubblici ove persistono le maggiori difficoltà a “misurare” la *compliance* e la correttezza dell’operatore economico durante tutto il ciclo del contratto pubblico. La modellazione digitale potrebbe evitare comportamenti opportunistici degli operatori economici, aprendo a quel patto collaborativo di fiducia e correttezza prefigurato, superando il rapporto che vede ancora l’amministrazione aggiudicatrice come parte “debole” del rapporto amministrativo, a scapito della correttezza³⁷. Fiducia e buona fede tra stazione appaltante e operatore economico dovrebbero permanere in tutto il rapporto di selezione ed esecuzione del contratto, ma occorre precisare che questa fiducia oggi non può che basarsi su fatti, che possono essere acquisiti con qualunque mezzo, oggi digitale.

4. La concentrazione della tutela e la responsabilità per “comportamento” contrario alla buona fede e correttezza

La trasformazione digitale impone di riconsiderare anche il sistema delle responsabilità delle pubbliche amministrazioni correlate all’evoluzione delle relative organizzazioni ed attività, nel perseguimento degli interessi pubblici a garanzia dei diritti fondamentali³⁸. La trasformazione digitale comporta una interpretazione evolutiva dei principi costituzionali poiché l’amministrazione è

37 A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, cit., 18 ss.

38 Si v.: PARLAMENTO UE, *Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica*, (2015/2103(INL)), cons. L). Cfr., di recente: COMMISSIONE UE, *Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale*, Bruxelles, 26.1.2022 COM(2022) 28 final, 4, ove si evidenzia la necessità di “una trasformazione digitale dell’Europa entro il 2030, in linea con i valori europei”, in cui “imprese innovative e cittadini autonomi e responsabili coesistono in una società digitale antropocentrica, inclusiva, fiorente e sostenibile”.

chiamata a ricercare, in collaborazione con i cittadini e gli operatori economici, la migliore soluzione possibile, in modo da assicurare, un rinnovato ed effettivo “*buon andamento [...] dell'Amministrazione*”³⁹. L'espressa recente introduzione nella legge sul procedimento amministrativo dei principi di “*collaborazione e buona fede*” rafforza la funzionalizzazione dell'organizzazione e delle attività anche solo “*mediatamente esercizio di potere pubblico*”⁴⁰.

Pare dunque possibile considerare i principi di collaborazione e buona fede come posti a protezione rafforzata di tutti i rapporti giuridici amministrativi nel perseguimento della buona amministrazione digitale⁴¹. Da tali rapporti giuridici può derivare una responsabilità dell'organizzazione per violazione degli indicati principi⁴², collocandosi in continuità con un percorso di progressiva estensione della responsabilità della pubblica amministrazione⁴³ verso i cit-

39 F. MERUSI, *Buona fede e diritto pubblico*, in *Il principio di buona fede, Giornata di studio (Pisa, 14 giugno 1985)*, Giuffrè, Milano, 1987, 75 – 82; ID., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni «Trenta» all'«alternanza»*, Giuffrè, Milano, 2001, spec. 158 ss. Cfr. G. ALPA, *Diritti, libertà fondamentali e disciplina del contratto: modelli a confronto*, in *Giust. civ.*, n. 1/2018, 5 ss.

40 Art. 7, c. 1, d.lgs. n. 104 del 2010, cit.

41 Cfr. A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubb.*, n. 1/2018, 121 – 139; G. ORSONI, E. D'ORLANDO, *Nuove prospettive dell'amministrazione digitale: Open Data e algoritmi*, in *Ist. fed.*, n. 3/2019, 593 – 617.

42 F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni “trenta” all’“alternanza”*, cit., *passim*; F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1995.

43 Distingue l'autonomia negoziale e il dovere di correttezza della pubblica amministrazione rispetto alla discrezionalità amministrativa: M. S. GIANNINI, *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica*, in *Urb. e app.* 1962, 303 ss., poi in *Scritti in onore di A. C. Jemolo*, Giuffrè, Milano, 1963, III, 263 ss. Si v. anche la Relazione dell'A. negli *Atti del convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, Giuffrè, Milano, 1965, 511 – 521, ove si considera che la cosiddetta responsabilità per violazione di interesse legittimo possa richiamare la responsabilità precontrattuale, come già rilevato nello studio del 2000, v.: G. M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit. Più di recente, *Le responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, cit., 601 – 639. Sull'evoluzione della responsabilità della pubblica amministrazione e delle connesse tutele risarcitorie v.: B. SORDI, Voce *Interesse legittimo*, in *Enc. dir., Annali*, II-2, 2008, Giuffrè, Milano, 709 – 729, spec. 727 ss.; D. SORACE, *La responsabilità risarcitoria delle pubbliche amministrazioni per lesione di interessi legittimi dopo 10 anni*, in *Dir. amm.*, n. 2/2009, 379 – 411; F. G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Giappichelli, Torino, 2017, spec. 316 ss.; N. PAOLANTONIO, *Centralità del cittadino ed interesse legittimo (oltre le categorie, per una guida effettiva: l'insegnamento di Franco Gaetano Scoca)*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4/2019, 1527 – 1550; M. C. CAVALLARO, *Immedesimazione organica e criteri di imputazione della responsabilità*, in *questa Rivista*, n. 1/2019, 39 – 52, spec. 49 ss. Per un superamento della focalizzazione sulle posizioni soggettive, nell'interesse all'effettività della tutela: F. G. SCOCA, *Fondamento e tutela delle*

tadini, le imprese e le organizzazioni complesse, in una nuova prospettiva funzionale, connessa alla digitalizzazione.

Anche nella recente prospettazione giurisprudenziale, la correttezza non appare più tanto o solo volta a favorire la conclusione di un contratto valido e socialmente utile, quanto quella di tutela della libertà di autodeterminazione negoziale, senza subire interferenze illecite derivanti da condotte di terzi connotate da slealtà e scorrettezza, quindi funzionale alle regole di concorrenza e imparzialità⁴⁴. Si evidenzia la necessità di un rapporto corretto fin dalla pubblicazione del bando e non solo dopo l'aggiudicazione, accogliendo la prospettazione di trattative parallele condotte sulla base di principi e di una disciplina specifica⁴⁵.

Si riconosce inoltre la necessità della correttezza e coerenza nell'esecuzione, conformemente alla scelta concorrenziale fatta nella selezione, che non può essere modificata in sede di esecuzione, oltre ai limiti ammessi come “non significativi”, che non determinano “*material amendments*”⁴⁶. L'ordinamento ri-

posizioni soggettive, intervento nel convegno “*I principi di diritto amministrativo italiano tra innovazione e tradizione*”, Sapienza Università di Roma, 9 giugno 2022, presentazione del volume: A. ROMANO (a cura di), *Manuale di Diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2022.

44 Cons. St., Ad. Plen. 4 maggio 2018, n. 5 come ribadito dal Cons. St., Ad. Plen. 29 novembre 2021, n. 21, sulla necessaria serietà delle trattative finalizzate alla conclusione del contratto pubblico. È altresì noto l'orientamento precedente all'impianto costituzionale che interpretava il dovere di correttezza precontrattuale di cui all'art. 1337 c.c. come espressione della solidarietà “corporativa”, dovere amplificato dal previgente art. 1775 c.c., (poi modificato dall'art. 3, d.lgs. Lgt. 14 settembre 1944, n. 287) che richiamava testualmente “*le regole della correttezza in relazione ai principi della solidarietà corporativa*”. Si v. in particolare il par. 612 della Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice Civile del 1942. Cfr. G. VETTORI, intervento nel seminario “*Buona fede? Giornata di studio sull'applicazione, sul consolidamento e sulle prospettive del principio di buona fede nei rapporti con le pubbliche amministrazioni*”, Università degli Studi di Firenze, 14 ottobre 2022, nonché: ID., Voce *Contratto e Costituzione*, in *Enc. dir., I tematici. I. Contratto*, dir. da G. D'AMICO, 2021, Giuffrè, Milano, 226 – 291.

45 Cons. Stato, Ad. Plen., sent. 4 maggio 2018, n. 5; Ad. Plen. nn. 19, 20 e 21 del 2021. Cfr. N. PAOLANTONIO, intervento nel seminario “*Buona fede? Giornata di studio sull'applicazione, sul consolidamento e sulle prospettive del principio di buona fede nei rapporti con le pubbliche amministrazioni*”, Università degli Studi di Firenze, 14 ottobre 2022.

46 Cons. Stato, Ad. Plen. 2 aprile 2020, n. 10, come già sostenuto in: R. CAVALLO PERIN, G. M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, n. 2/2010, 325 – 354; ID., *Material Amendments of Public Contracts during their Terms: From Violations of Competitions to Symptoms of Corruption*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, n. 4/2013, 279 – 293.

chiede, nei rapporti con la pubblica amministrazione, una buona fede “rafforzata” che risulta in parte tipizzata dalle norme procedurali da osservarsi ove non si voglia incorrere in scorrettezza, ed in parte resta atipica e include la coerenza e non contraddittorietà nel rispetto delle norme di azione e della disciplina della selezione. Le norme sulla correttezza nelle trattative sono sicuramente definite *per relationem* dalle norme di azione sulla conduzione delle trattative, ma non si esauriscono in esse. L’atipicità non è solo data dal vizio di eccesso di potere, che con le figure sintomatiche ha ottenuto nel tempo la sua relativa tipicità, ma dagli imprevedibili comportamenti in cui incorre l’amministrazione⁴⁷.

Si evidenzia il ruolo dell’intelligenza artificiale che consente di rilevare nel tempo i comportamenti dovuti nella fase delle trattative precontrattuali, offrendo soluzioni predittive che sono capaci di definire un nuovo elenco di “figure sintomatiche” della scorrettezza in ragione dei più frequenti tipi di trattativa. Impostazione che permette anche di superare la principale obiezione al modello della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione, come avente natura giuridica contrattuale (*rectius*, da inadempimento)⁴⁸.

Il comportamento della parte pubblica risulta correlato al perseguimento dell’interesse pubblico e all’esercizio anche mediato di fatto e preparatorio del potere pubblico, che consente di superare e ricomporre le diverse questioni di giurisdizione, poiché si può affermare che il giudice amministrativo ha giurisdizione sulle trattative, anche a prescindere dall’ambito della sua giurisdizione esclusiva⁴⁹.

R. CAVALLO PERIN, G. M. RACCA, *La concorrenza nell’esecuzione dei contratti pubblici*, cit., 325 ss.

47 G. M. RACCA, *Le responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, cit., spec. 221.

48 Per una ricostruzione della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione come extracontrattuale, ma con attenzione all’evoluzione sulla consistenza e prova degli elementi costitutivi che tende a superare il modello tradizionale: M. TRIMARCHI, *Sulla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, n. 3/2022, 705 – 739, spec. 725 ss.; ID., *Responsabilità extracontrattuale dell’amministrazione o amministrazione irresponsabile? Nota a Consiglio di Stato ad. plen.*, 23/04/2021, n. 7, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2022, 143 – 161.

49 F. G. SCOCA, *Fondamento e tutela delle posizioni soggettive*, intervento nel convegno “I principi di diritto amministrativo italiano tra innovazione e tradizione”, Sapienza Università di Roma, 9 giugno 2022, cit.

Si tratta, come sostenuto da tempo, di una responsabilità non da provvedimento, ma da comportamento (mai da comportamento mero), seppure sempre nell'ambito dell'esercizio di un pubblico potere in cui il giudizio sull'illegittimità si distingue da quello sulla responsabilità pur potendo, per certi versi, sovrapporsi. Tale giudizio in ogni caso si riferisce pur sempre all'esercizio del potere, talora annullabile, talora unicamente risarcibile o viceversa⁵⁰.

È quindi sufficiente qualificare la natura giuridica della responsabilità come “da inadempimento” di obbligazioni sorte sulla base di un rapporto giuridico amministrativo negoziale⁵¹, per superare la prospettazione del mero “contatto sociale”⁵². La giurisdizione “unica” del giudice amministrativo sulla responsabilità da scorrettezza assicura una tutela piena ed effettiva al ricorrente secondo i principi costituzionali e del diritto europeo per garantire la concentrazione della tutela, richiesta dalla richiamata transizione digitale (art. 6, CEDU)⁵³.

5. Verso una “buona contrattazione digitale”

La transizione digitale e l'adozione di atti nativi digitali su piattaforme interoperabili permetteranno di seguire in modo diverso e continuativo le attività,

50 A. ROMANO TASSONE, *La responsabilità della P.A. tra provvedimento e comportamento (a proposito di un libro recente)*, in *Dir. amm.*, 2/2004, 209 – 229; A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia «non amministrativa» (Sonntagsgedanken)*, Giuffrè, Milano, 2005, 159 e ss. Non è escluso che i giudizi sulla legittimità degli atti e sulla conformità a correttezza possano sovrapporsi: nel giudizio di responsabilità, l'illegittimità degli atti può assumere rilevanza quale circostanza sintomatica della scorrettezza realizzata dell'amministrazione. Sul tema v. *amplius*: G. M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., spec. 358. Si v. anche in giurisprudenza, da ult.: Cons. Stato, Sez. V, 11 aprile 2022, n. 2709; T.A.R. Lazio, Sez. III, 7 luglio 2022 n. 9338.

51 Sul tema si v. ampiamente: A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame aufstieg des sozialen kontakts: La resistibile ascesa del contatto sociale*, in *Riv. Dir. civ.*, 2013, 74 – 108 e ID., *“Contatto sociale” e affidamento, attori protagonisti di una moderna commedia degli equivoci*, in *Jus Civile*, n. 3/2017, 185 – 193.

52 Il riferimento va per tutti a: L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, 361 ss. ora in *Scritti, Obbligazione e negozio*, Giuffrè, Milano, 2011, 267 – 282, spec. 268, che richiama la distinzione tra doveri relativi, propri della responsabilità contrattuale (tra cui ricade quello di buona fede) e doveri assoluti, tipici del modello extracontrattuale.

53 Art. 1, c. 1, d.lgs. n. 104 del 2010, cit.

con la possibilità di configurare responsabilità per violazione dei principi di collaborazione e buona fede come responsabilità da “scorrettezza generalizzata”.

La tracciabilità digitale dei comportamenti e degli atti procedimentali richiede coerenza e non contraddittorietà nel perseguimento di una funzione, di un interesse pubblico. Una responsabilità che si fonda e richiede una nuova “attività conoscitiva digitale” che verifichi dati e fatti e assicuri l’adeguatezza dell’organizzazione pubblica rispetto allo svolgimento delle funzioni ed alla gestione dei rischi, per la soddisfazione dei bisogni sociali⁵⁴. Si è detto che tale responsabilità si fonda sul rapporto giuridico amministrativo⁵⁵ che integra un rapporto giuridico “negoziale” ove volto alla stipulazione di un contratto in applicazione della disciplina nazionale ed europea⁵⁶.

L’adeguatezza dell’organizzazione deve assicurare l’assolvimento degli obblighi procedimentali di informazione, di pubblicità, di non aggravamento, che costituiscono obblighi di protezione che parte pubblica deve assolvere per la sua peculiare posizione, ancor più e con connotazioni peculiari (“buona fede rafforzata”) rispetto alle altre organizzazioni complesse⁵⁷.

Come ricordato, la digitalizzazione rende evidenti la connessione dei dati e dei fatti incidendo sulla qualità dell’istruttoria e delle connesse attività e responsabilità. Pare quindi necessario anche un ripensamento delle concezioni strutturali della responsabilità come sanzionatoria, preventiva e riparatoria, sempre nella prospettiva di una progressiva estensione. Pare opportuno considerare le prospettive funzionali, verso la definizione di *standard* di azione (efficienza, efficacia ed economicità), con un riequilibrio di posizioni e la conse-

54 F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Giappichelli, Torino, 1967; V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1967.

55 F. G. COCA, *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani (brevi considerazioni)*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4/2020, 1097 – 1112.

56 G. M. RACCA, *Le responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, cit., 601 ss.

57 Sull’individuazione di obblighi di protezione della p.a. e delle altre organizzazioni complesse: A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia «non amministrativa» (Sonntagsgedanken)*, cit., 159 ss.; A. ROMANO TASSONE, *La responsabilità della P.A. tra provvedimento e comportamento (a proposito di un libro recente)*, cit., 13.

guente allocazione dei rischi, con individuazione dei costi/benefici, dei profili assicurativi, con analisi dell'impatto delle decisioni, anche giurisdizionali⁵⁸.

La correttezza infatti oggi richiede digitalizzazione, analisi dati ed applicazione di algoritmi che da una più approfondita conoscenza dei fatti e degli atti assicurino imparzialità e buon andamento per la qualità dei servizi⁵⁹. In questa prospettiva le responsabilità andrebbero imputate all'organizzazione, limitando la responsabilità del funzionario ai casi in cui il suo comportamento sia all'evidenza deviante dagli *standard* funzionali o di servizio, perché l'errore o il danno da applicazione dello *standard* resta un danno dell'ente, assicurato congruamente da quest'ultimo secondo gli indici statistici o predittivi desunti dall'intelligenza artificiale⁶⁰.

Nella prospettiva già offerta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia UE, le responsabilità dell'organizzazione conducono ad un'evoluzione che potrebbe evitare quei fenomeni di estensione ed abuso della responsabilità civile, di *overcompensation* che, soprattutto in passato, si sono verificati quando ad esem-

58 S. SICA, *La responsabilità civile tra struttura, funzione e « valori »*, in *Resp. civ. prev.*, n. 4-5/1994, 543 – 558. Si v.: ID., intervento nel convegno “*A 20 anni dalla sentenza n. 500/1999: attività amministrativa e risarcimento del danno*”, Consiglio di Stato, Roma, 16 dicembre 2019. Un'indagine di tipo “funzionale” della responsabilità civile è, come noto, evidenziata da: S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964 e G. CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, Giuffrè, Milano, 1975. Sull'evoluzione e sulla funzione “sociale” dell'assicurazione nel sistema della responsabilità medico-sanitaria si v.: M. P. MANTOVANI, *L'assicurazione della responsabilità civile medico-sanitaria*, Jovene, Napoli, 2017, spec. 14 ss. Sul collegamento tra responsabilità civile e assicurazione per garantire l'effettività della tutela, si v.: G. PONZANELLI, *Assicurazione e responsabilità civile: i termini del loro rapporto*, in *Dir. ec. ass.*, n. 2/2011, 571 – 577; ID., *Assicurazione e responsabilità civile*, in G. AJANI, A. GAMBARO, M. GRAZIADEI, R. SACCO, V. VIGORITI, M. WAELBROECK, *Studi in onore di Aldo Frignani: nuovi orizzonti del diritto comparato europeo e transnazionale*, Jovene, Napoli, 2011, 405 – 410.

59 M. C. CAVALLARO, *Imputazione e responsabilità delle decisioni automatizzate*, in *European Review of Digital Administration & Law*, n. 1-2/2020, 69 – 74; M. C. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in *federalismi.it*, n. 16/2019, 1 – 22.

60 R. CAVALLO PERIN, *Dalle riforme astratte dell'amministrazione pubblica alla necessità di amministrare le riforme*, in *Dir. pubb.*, n. 1/2021, 73 – 82; ID., *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Dir. amm.*, n. 2/2020, 305 – 328.

pio per la consistenza dei risarcimenti riconosciuti agli operatori economici, conveniva non vincere la gara e non chiedere di eseguire il contratto pubblico⁶¹.

La possibilità di accedere a dati e informazioni in misura “aumentata” grazie alla digitalizzazione, richiede, nei settori ad elevati livelli di complessità e di rischio, come gli appalti, o la sanità, un’“amministrazione responsabile”⁶². Si tratta di “*spostare la propria attenzione dal trattamento alla prevenzione*”⁶³ nonché di dispiegare azioni mirate per un migliore adeguamento dell’amministrazione alla “società del rischio”⁶⁴. Il metodo e gli strumenti della digitalizzazione, tramite

61 Sotto il profilo del *quantum* risarcitorio, sull’evoluzione giurisprudenziale del criterio del dieci per cento del valore dell’appalto, in analogia con l’art. 344, l. 20 marzo 1865, n. 2248, All. F, *Legge sulle Opere pubbliche*, proposto come orientativo nel 1998 per responsabilizzare le amministrazioni in: G. M. RACCA, *La quantificazione del danno subito dai partecipanti alle procedure selettive per l’affidamento di appalti pubblici*, cit., 156 – 166, spec. 161, si v. di recente: ID., *Le responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, cit., 601 ss. 62 F. G. SCOCA, *Per un’amministrazione responsabile*, in *Giur. cost.*, n. 6/1999, 4045– 4062. Per un inquadramento nella sanità si rinvia a: G. M. RACCA, *Voce Salute*, in *Enc. dir., I tematici. III. Funzioni amministrative*, dir. da B.G. MATTARELLA e M. RAMAJOLI, Giuffrè, Milano, 2022, 995 – 1015.

63 PARLAMENTO UE, *Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica*, cit., p.to 34, sull’impiego degli strumenti dell’innovazione tecnologica per il perseguimento dell’interesse generale e del benessere dei cittadini. Si v. G. SDANGANELLI, *La gestione del rischio clinico e delle connesse responsabilità per l’effettività del diritto alla salute*, in *federalismi.it*, n. 5/2022, 214 – 235. Per un differente ambito di responsabilità: cfr. COMMISSIONE UE, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on adapting non-contractual civil liability rules to artificial intelligence*, “AI Liability Directive”, Brussels, 28.9.2022, COM(2022) 496 final, 2022/0303 (COD). La direttiva persegue “*a minimum harmonisation approach*” (cons. 14); non ha ad oggetto aspetti generali della responsabilità civile, già disciplinati a livello nazionale (“*such as the definition of fault or causality, the different types of damage that give rise to claims for damages, the distribution of liability over multiple tortfeasors, contributory conduct, the calculation of damages or limitation periods*”, cons. 10) ma introduce un obbligo di “*Disclosure of evidence*” (art. 3) con un alleggerimento dell’onere della prova tramite una “*presumption of non-compliance*” (art. 3, c. 5) e una presunzione di causalità in caso di violazione del dovere di diligenza stabilito dalle leggi dell’Unione o nazionali (articolo 4), in modo da offrire una protezione e garanzie più ampie per i danni cagionati da tali sistemi di IA. Si v. A. SIMONCINI, *Verso la regolamentazione della Intelligenza Artificiale. Dimensioni e governo*, in *Biolaw Journal*, n. 2/2021, 411 – 417; ID., *Intelligenza artificiale e futuro delle libertà costituzionali*, in R. CAVALLO PERIN, *L’amministrazione pubblica con i big data: da Torino un dibattito sull’intelligenza artificiale*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2021, 55 – 59.

64 R. FERRARA, *L’ordinamento della Sanità*, Giappichelli, Torino, 2020, spec. 23 ss.; L. R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l’autorità*, in *Dir. pubb.*, n. 1/2013, 61 – 130.

Si v. J.-B. AUBY, *Le droit administratif dans la société du risque : quelques réflexions*, *Rapport public 2005 : jurisprudence et avis de 2004. Responsabilité et socialisation du risque*, in *La Documentation française*, 2005, 351 – 357; su cui anche: F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell’amministrazione di rischio*, Giuffrè, Milano, 2005.

un'analisi più intensa dell'organizzazione e delle attività amministrative, consentirebbero, pertanto, di definire uno *standard* di correttezza e collaborazione tale da integrare il buon andamento oggettivo dell'amministrazione, finalmente adeguata al soddisfacimento dei nuovi bisogni sociali nella prospettiva digitale⁶⁵.

Le responsabilità dell'organizzazione, con la richiamata possibilità di correggere le disfunzioni, permettono l'allocazione dei rischi e il ristoro dei danni secondo un bilanciamento adeguato a tutelare le parti coinvolte⁶⁶.

Certamente l'uso dei nuovi strumenti digitali, delle piattaforme e della tecnica della standardizzazione impone l'adozione di presidi di legalità, per evitare abusi e disfunzioni. Criticità e rischi che possono essere individuati e perseguiti proprio tramite gli strumenti offerti dall'analisi dati e dall'intelligenza artificiale, come accaduto già in alcune significative esperienze, che paiono trovare attuazione nella prossima riforma⁶⁷.

65 D.-U. GALETTA, *Buona amministrazione e LA: il ruolo del responsabile del procedimento*, intervento nel convegno "I caratteri della pubblica amministrazione a più di vent'anni dal decreto legislativo n. 165/2001", Università degli Studi di Torino, 17 marzo 2022. Così anche: L. R. PERFETTI, intervento nel seminario "Buona fede? Giornata di studio sull'applicazione, sul consolidamento e sulle prospettive del principio di buona fede nei rapporti con le pubbliche amministrazioni", Università degli Studi di Firenze, 14 ottobre 2022.

66 M. TRIMARCHI, intervento nel seminario "Buona fede? Giornata di studio sull'applicazione, sul consolidamento e sulle prospettive del principio di buona fede nei rapporti con le pubbliche amministrazioni", Università degli Studi di Firenze, 14 ottobre 2022.

67 Art. 1, c. 2, lett. m) e art. 1, c. 2, lett. s), l. n. 78 del 2022, cit. Si v. l'intervento di G. MAINOLFI, *Digitalizzazione dei contratti pubblici: piattaforme e data analysis*, nel convegno "La digitalizzazione e l'organizzazione della pubblica amministrazione", Università Ca' Foscari, Venezia, 4 novembre 2022. Così: A. CORRADO, intervento nel convegno "La riforma digitale dei contratti pubblici", inaugurazione della VII edizione del Master di II livello in Strategie per l'Efficienza, l'Integrità e l'Innovazione nei contratti pubblici (SEIIC), Università degli Studi di Torino, 20 giugno 2022. Sul consolidamento del patrimonio informativo basato sui dati, l'Unione europea sin dal febbraio 2020 ha promosso la creazione di spazi di dati in settori strategici quali: salute, agricoltura, industria manifatturiera, energia, mobilità, finanza, pubblica amministrazione, competenze, *European Open Science Cloud*, con l'obiettivo trasversale di raggiungere gli obiettivi del *Green Deal*. Si v. Regolamento UE 2022/868 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2022 relativo alla governance europea dei dati e che modifica il regolamento (UE) 2018/1724 (*Regolamento sulla governance dei dati*). Si v. la proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo (*normativa sui dati*), Bruxelles, COM(2022) 68 final 2022/0047 (COD), 23 febbraio 2022. In ambito sanitario: COMMISSIONE UE, Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sullo spazio europeo dei dati sanitari, Strasburgo, 3.5.2022, COM(2022) 197 final,

La digitalizzazione richiede un nuovo rapporto di collaborazione e buona fede che fondi un rapporto di fiducia reciproca e di “alleanza digitale” tra amministrazione e operatori economici, nel perseguimento del comune interesse alla corretta selezione e tempestiva esecuzione dei contratti pubblici, con l’evoluzione del rapporto giuridico amministrativo che permetta di rifondare le basi della “buona contrattazione digitale”.

2022/0140(COD) e Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Uno spazio europeo dei dati sanitari: sfruttare il potenziale dei dati sanitari per le persone, i pazienti e l'innovazione*, Strasburgo, 3.5.2022, COM(2022) 196 final. Sulle prospettive dei singoli spazi di dati: COMMISSIONE UE, *Staff Working document on Data Space*, SWD(2022) 45 final, 23 febbraio 2022.