

Gabriella M. Racca

**TRASFORMAZIONI
E INNOVAZIONI DIGITALI
NELLA RIFORMA DEI CONTRATTI
PUBBLICI**

Estratto

TRASFORMAZIONI E INNOVAZIONI DIGITALI NELLA RIFORMA DEI CONTRATTI PUBBLICI

SOMMARIO: 1. Trasformazioni digitali e nuova politica industriale nella contrattazione pubblica. — 2. Il necessario superamento del Documento Unico di gara Europeo e degli oneri di autocertificazione. — 3. La qualificazione delle stazioni appaltanti nella prospettiva della cooperazione amministrativa transfrontaliera. — 4. Il Fascicolo Virtuale dell'Operatore Economico e la reputazione delle imprese. — 5. La fiducia digitale come nuovo paradigma del sistema dei contratti pubblici. — 6. Le responsabilità delle organizzazioni pubbliche per la violazione della fiducia digitale.

723

1. *Trasformazioni digitali e nuova politica industriale nella contrattazione pubblica.* — L'innovazione digitale pare costituire la prospettiva di maggiore interesse nella recente riforma del Codice dei contratti pubblici¹. La trasformazione da attuare risulta particolarmente complessa e riguarda profili relativi al contesto organizzativo del settore ed ai modelli contrattuali, condizionati entrambi dall'evoluzione delle necessarie forme digitali.

¹ D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, *Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici*. Sul tema si veda: R. CAVALLO PERIN, M. LIPARI, G. M. RACCA (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni per l'attuazione della legge delega*, Jovene, Napoli, 2022, pubblicato ad esito del Convegno "Contratti pubblici e innovazioni", Consiglio di Stato, Roma, 6 aprile 2022, le cui riflessioni sono confluite nel successivo Convegno "Contratti Pubblici e Innovazioni nel nuovo Codice. Trasformazioni sostanziali e processuali", organizzato dal Consiglio di Stato con l'Università di Torino il 4 ottobre 2023, con *Ius Publicum Network Review* e *Public Contracts in Legal Globalization network*.

Il contesto sovranazionale evidenzia un panorama europeo molto disomogeneo, ma anche alcune forti tendenze a superare la prospettiva del singolo contratto pubblico, verso analisi di strategie congiunte europee e nazionali, come nuovi modelli organizzativi della domanda pubblica², verso una politica industriale europea, se non una geopolitica, dei contratti pubblici.

Sono posti nuovi obiettivi strategici, di sostenibilità ambientale, sociale, di economia circolare, di favore per la *Net Zero Industry*, per l'acquisto di tecnologie a zero emissioni nette, da favorire anche mediante gli appalti di innovazione³.

Appare chiaro che, seppur non vi sia una nuova direttiva da recepire, le nuove indicazioni ed i vincoli europei sono cresciuti a seguito delle crisi sanitarie, energetiche, ambientali, dei piani di resilienza, che richiedono un forte coordinamento, per ridefinire le strategie industriali che incidono anche sui contratti pubblici⁴.

Il tutto trasversalmente pervaso dalla potenza conoscitiva dell'analisi dati e dell'intelligenza artificiale, con il *Digital Compass* (la bussola digitale) come strategia europea per il decennio digitale 20-30⁵.

La transizione digitale richiede piattaforme, interconnesse con le banche dati, che definiscano e integrino ogni singolo contratto pubblico in un sistema complesso di reti tra le stazioni appaltanti qualificate, fino ai "Big buyers europei"⁶ in connessione con la piattaforma della Com-

² COMMISSIONE UE, EXEP Group, *Interoperability in end-to-end eProcurement*, 2019. Si veda, di recente: CORTE CONTI UE, *Relazione speciale Appalti pubblici nell'UE Meno concorrenza per i contratti di lavori, beni e servizi aggiudicati nel periodo 2011-2021*, n. 28/2023, 4 dicembre 2023, ove si evidenzia come nell'ultimo decennio gli obiettivi di integrazione e di semplificazione nel mercato degli appalti UE non siano stati raggiunti. Cfr. G. M. RACCA, C. R. YUKINS (a cura di), *Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders*, in *Droit Administratif / Administrative Law Collection*, J.B. AUBY (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2019.

³ *Net zero Industry Act*, COM(2023) 161 final, *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro di misure per rafforzare l'ecosistema europeo di produzione di prodotti delle tecnologie a zero emissioni nette*.

⁴ OECD, *Draft outline whitepaper: towards a framework on supply chain integrity in public procurement*, 2023, specialmente con riguardo all'effettivo utilizzo dei dati e delle informazioni, non più separatamente.

⁵ Comunicazione della Commissione europea, *Bussola per il digitale 2030: il modello europeo per il decennio digitale*, 9 marzo 2021, COM(2021) 118 final. OECD, *Draft outline whitepaper: towards a framework on supply chain integrity in public procurement*, cit.

⁶ EU Commission, *Support of the internal market policy for growth: Feasibility study concerning the actual implementation of a joint cross-border procurement procedure by public buyers from different Member States* - report, BBG and SKI, Brussels, March 2017.

missione Europea *Tender Electronic Daily* (TED) di raccolta dati che dovrà raccordarsi sempre meglio con le piattaforme nazionali ⁷.

Lo scenario degli appalti pubblici è in rapida evoluzione, sia dal punto di vista dei modelli organizzativi: centrali d'acquisto qualificate e specializzate, per la definizione di strategie di gare aggregate, secondo le differenti forme del *joint procurement* ⁸, sia delle strutture contrattuali: piattaforme elettroniche interoperabili, con modellazione digitale delle prestazioni, tracciabilità e nuovi accordi collaborativi ⁹, da sviluppare in forma nativa digitale. Anche le forme della pubblicità per assicurare trasparenza ed integrità richiedono significative trasformazioni e nuovi *e-forms* nativi digitali ¹⁰, per la raccolta, l'analisi e tracciabilità dei dati.

Dai grandi contratti ai singoli affidamenti diretti, tutto dovrà essere tracciato nelle piattaforme certificate e ricondotto a quello che si è definito “ecosistema digitale dei contratti pubblici” ¹¹.

⁷ Si veda il sito web: <https://ted.europa.eu/TED/>. Dal 29 gennaio 2024 sarà avviata una nuova versione del portale ted.europa.eu, caratterizzata da un nuovo design, miglioramenti nelle funzionalità di ricerca e l'uso di tecnologie informatiche avanzate.

⁸ G. M. RACCA, *Principles of joint cross-border public contracts and transnational effects*, in S. DE LA ROSA, P. VALCARCEL FERNANDEZ (a cura di), *Principles of public contracts in Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2022, 555 ss. In generale, si veda: G. M. RACCA, C. R. YUKINS, *Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders*, cit.

⁹ E. QUADRI, *La modellazione digitale dei contratti e gli accordi collaborativi*, in R. CAVALLO PERIN, M. LIPARI, G. M. RACCA (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni per l'attuazione della legge delega*, cit., 95 ss.; D. MOSEY, *The BIM Management Handbook*, Riba Publishing, Londra, 2019; ID., *Dialogo sugli appalti collaborativi*, E. PARISI, N. POSTERARO (a cura di), Editoriale Scientifica, Napoli, 2019; G. M. RACCA, *La modellazione digitale per l'integrità, l'efficienza e l'innovazione nei contratti pubblici*, in *Ist. Federalismo*, n. 3/2019, 739 ss.; G. M. RACCA, *I contratti pubblici collaborativi e le prospettive innovative della modellazione digitale (il Building Information Modeling)*, in G.F. FERRARI (dir.), *La prossima città*, Nemesis, Milano, 2020, 581 ss.; 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*, cit., 223-271; G. DI GIUDA, S. VALAGUZZA, *Gli accordi collaborativi come elemento cruciale per una regolazione strategica nel settore delle costruzioni*, ESI, Napoli, 2019. Si veda: M. BOWSER, “*Digital Tools to Secure Net Zero Goals in Construction*”, intervento al Seminario “*Public Procurement and Digital Transition*”, Università degli Studi di Torino, 17 marzo 2023.

¹⁰ Formulare *standard* per raccogliere e pubblicare i dati interoperabili come previsto dalle direttive: regolamento di esecuzione (UE) 2019/1780 del 23 settembre 2019 che stabilisce modelli di formulari (*e-forms*). Cfr. G. M. RACCA, *La digitalizzazione necessaria dei contratti pubblici: per un'Amazon pubblica*, in *DPCE online*, n. 4/2021, 4690 ss.

¹¹ Consiglio dell'Unione europea, Conclusioni del 30 novembre 2020 (2020/C 412 I/01), *Investimenti pubblici mediante appalti pubblici: ripresa sostenibile e rilancio di un'economia dell'UE resiliente*. Art. 22 del d.lgs. n. 36 del 2023: “1. L'ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale (*e-procurement*) è costituito dalle piattaforme e dai servizi digitali infrastrutturali abilitanti la gestione del ciclo di vita dei contratti pubblici, di cui all'articolo 23 e dalle

Cambiano infatti i modelli organizzativi di “chi compra”: le centrali d’acquisto svolgono la funzione appalti per le altre amministrazioni pubbliche, superando la tradizionale coincidenza tra acquirente e destinatario della prestazione, con conseguenti limiti alla capacità giuridica¹² e la necessaria attivazione di nuove forme di collaborazione e c.d. committenza ausiliaria.

Il nuovo sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti ha riconosciuto a 1.769 enti la qualificazione massima per lavori e a 2.333 per servizi e forniture, su circa 3.700 soggetti che hanno ottenuto la qualificazione minima, nei primi sei mesi dall’entrata in vigore del nuovo Codice¹³.

Cambia quindi “come si compra”: sempre più in maniera strutturata ed aggregata su piattaforme che tracciano comunque ogni operazione e metteranno a disposizione l’esito di gare per il soddisfacimento dei fabbisogni delle circa 24.000 amministrazioni non qualificate¹⁴. Vanno strutturati nuovi sistemi di aggregazione della domanda pubblica a

726

piattaforme di approvvigionamento digitale utilizzate dalle stazioni appaltanti di cui all’articolo 25. 2. Le piattaforme e i servizi digitali di cui al comma 1 consentono, in particolare: a) la redazione o l’acquisizione degli atti in formato nativo digitale; b) la pubblicazione e la trasmissione dei dati e documenti alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici; c) l’accesso elettronico alla documentazione di gara; d) la presentazione del documento di gara unico europeo in formato digitale e l’interoperabilità con il fascicolo virtuale dell’operatore economico; e) la presentazione delle offerte; f) l’apertura, la gestione e la conservazione del fascicolo di gara in modalità digitale; g) il controllo tecnico, contabile e amministrativo dei contratti anche in fase di esecuzione e la gestione delle garanzie. 3. Le basi di dati di interesse nazionale alimentano l’ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale, ai sensi dell’articolo 60 del codice dell’amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82”. Si veda, ANAC, Comunicato del Presidente del 10 gennaio 2024, Indicazioni di carattere transitorio sull’applicazione delle disposizioni del codice dei contratti pubblici in materia di digitalizzazione degli affidamenti di importo inferiore a 5.000 euro, che estende il nuovo portale web per gli appalti e i contratti pubblici messo a disposizione da Anac anche agli affidamenti diretti di importo inferiore a 5.000 euro, fino al 30 settembre 2024.

¹² G. M. RACCA, S. PONZIO, *La scelta del contraente come funzione pubblica: in modelli organizzativi per l’aggregazione dei contratti pubblici*, in questa Rivista, n. 1/2019, 33 ss.; G. M. RACCA, C. R. YUKINS (a cura di), *Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders*, cit. L’evoluzione digitale nella prospettiva dei contratti pubblici è il tema affrontato in: G. M. RACCA, C. R. YUKINS, *Public Procurement and Digitalisation*, in *Droit Administratif / Administrative Law Collection*, J.B. AUBY (dir.), Bruxelles, Bruylant, forthcoming. Si v. L. FIORENTINO, A. LA CHIMIA, (a cura di), *Il procurement delle pubbliche amministrazioni. Tra innovazione sostenibilità*, Bologna, Il Mulino, 2021.

¹³ ANAC, *Report sulla qualificazione delle stazioni appaltanti*, 31 dicembre 2023.

¹⁴ ANAC, *Relazione al Parlamento*, 8 giugno 2023. In realtà, nella banca dati dell’Anagrafe unica delle stazioni appaltanti (AUSA) dell’ANAC, ad oggi sono registrati più di 40.000 soggetti. In diversi casi sono presenti errori o duplicazioni nelle denominazioni, come “Regione Valle d’Aosta” o “Regione Val d’Aosta”.

TRASFORMAZIONE E INNOVAZIONI DIGITALI

diversi livelli fino alle strategie di *Joint Procurement europeo*, con gli acquisti congiunti di vaccini, energia, armamenti, dispositivi medici¹⁵.

Cambia anche l'oggetto del contratto ("cosa si compra"): prodotti con caratteristiche *Zero net* (zero emissioni nette)¹⁶, che riducano il consumo di risorse naturali, e si acquista un bene, il suo riuso, con il diritto alla riparazione e il riciclo nella logica dell'economia circolare¹⁷.

Cambia la qualificazione dei fornitori ("da chi si può comprare"): con le esclusioni di operatori economici che non si conformino a rinnovati obiettivi assegnati alle catene produttive e distributive di risparmio energetico¹⁸, tutela ambientale e sociale (sempre più puntuali, fino alla esclusione ad es. di chi sia complice della deforestazione¹⁹). Non si può comprare "ingiustizia sociale" da chi viola gli obiettivi di inclusione²⁰. Si

¹⁵ G. M. RACCA, C. R. YUKINS, *Emergency Procurement and Corruption*, in S. WILLIAMS-ELEGBE, J. TILLIPMAN (a cura di), *Routledge Handbook of Public Procurement Corruption*, in corso di pubblicazione; G. SDANGANELLI, *Il modello europeo degli acquisti congiunti nella gestione degli eventi rischiosi per la salute pubblica*, in *DPCE online*, n. 2/2020, 2323 ss.

¹⁶ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro di misure per rafforzare l'ecosistema europeo di produzione di prodotti delle tecnologie a zero emissioni nette (normativa sull'industria a zero emissioni nette), 16 marzo 2023, COM(2023) 161 final.

¹⁷ F. DE LEONARDIS, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, in questa *Rivista*, n. 4/2021, 779 ss., Id., voce *Economia circolare (diritto pubblico)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Utet, Milano, 2021, 161 ss. Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Il Green Deal europeo*, COM(2019) 640 final, 11 dicembre 2019. Si veda il progetto Interreg Europe Smart Circular Procurement (CircPro, www.interregeurope.eu/circpro/, giugno 2018 - maggio 2023), con l'obiettivo di favorire l'innovazione attraverso gli appalti circolari e rafforzare il dialogo tra *procurers* e fornitori per incidere sulle politiche locali (principalmente a base regionale). *Partners* per l'Italia sono la Regione Piemonte e l'Università degli Studi di Torino, report: *CircPro project, Preliminary market consultations as a way to involve businesses in circular public procurement*, 2022.

¹⁸ G. D. COMPORI, *Energia, ambiente e sviluppo sostenibile*, in *federalismi.it*, n. 13/2023, 120 ss.

¹⁹ Il Regolamento (UE) 2023/1115 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 maggio 2023, relativo alla messa a disposizione sul mercato dell'Unione e all'esportazione dall'Unione di determinate materie prime e determinati prodotti associati alla deforestazione e al degrado forestale e che abroga il regolamento (UE) n. 995/2010 prevede, quale sanzione, l'esclusione temporanea, per un periodo massimo di 12 mesi, dalle procedure di appalto pubblico e dall'accesso ai finanziamenti pubblici, comprese procedure di gara, sovvenzioni e concessioni (art. 25, par. 2, lett. d)).

²⁰ S. ARROWSMITH, L. BUTLER, A. LA CHIMIA, C. R. YUKINS (a cura di), *Public Procurement In A Crisis: Global Lessons From The Covid-19 Pandemic*, Hart, Londra, 2021; C. MCCRUDDEN, *Buying Social Justice: Equality, Government Procurement, & Legal Change*, Oxford University Press, 2007; M. FAZEKAS, Y. KAZMINA, J. WACHS, *Gender in European public procurement: Extent, distribution, and impacts*, E. NIEWIADOMSKA, A.C. MÜLLER (eds.), European Bank for Reconstruction and Development, London, UK, 2020. Si v. in tal senso l'art. 24 della Direttiva

esclude dal mercato degli appalti europei chi riceve sovvenzioni e aiuti stranieri, che potrebbero falsare la concorrenza, in chiave di protezione di interessi interni²¹, verso un “*Buy European*”. In breve, si sta riaffacciando una politica industriale strategica, da attuare mediante i contratti pubblici²², da semplificare mediante strumenti digitali²³.

2. *Il necessario superamento del Documento Unico di gara Europeo e degli oneri di autocertificazione.* — Conoscere e gestire tutte le possibili e svariate cause di esclusione obbligatorie e facoltative ed i necessari requisiti di qualificazione degli operatori economici richiede grande capacità e tecnologia.

Lo strumento autocertificativo del Documento Unico di gara Europeo (DGUE) oggi non rappresenta più una reale semplificazione, dal momento che non elimina l'onere di autocertificare per l'impresa e per l'amministrazione di accertare la veridicità delle dichiarazioni e di dati che spesso sono già in possesso di altre pubbliche amministrazioni²⁴. Tantopiù un DGUE da ripresentare in ogni gara, perché non “scarica-

728

(UE) 2023/970 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 10 maggio 2023 volta a rafforzare l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra uomini e donne per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore attraverso la trasparenza retributiva e i relativi meccanismi di applicazione. In particolare, l'art. 24, comma 2, cit., afferma la parità di retribuzione negli appalti pubblici e nelle concessioni con possibilità di “*escludere [...] dalla partecipazione a una procedura di appalto pubblico qualsiasi operatore economico se sono in grado di dimostrare con qualsiasi mezzo adeguato la violazione degli obblighi*” in materia di parità contributiva.

²¹ S. DE LA ROSA, *The appraisal of mandatory and optional grounds of exclusion and the use of digital platforms for tendering. To what extent the contracting authority enjoy a leeway?*, intervento al Convegno “*Public Procurement and Digitalization*”, Università degli Studi di Torino, 17 marzo 2023; L. CERNAT, *Trade Policy 2.0 And Algorithms: Towards The “Easification” Of FTA Implementation*, cit.; C. R. YUKINS, M. BOWSHER, P. FRITON, P. LALONDE, A. SUNDSTRAND, *International Procurement Developments in 2022: New Perspectives in Global Procurement*, in *Government Contracts Year - Review Conference Briefs*, 59, Thomson Reuters, 2023; C. R. YUKINS, *Assessing the Trade Agenda for Government Procurement in the Biden Administration*, 2020 Gov. Contr. Year in Rev. Conf. Briefs, 77, 2021.

²² Consiglio dell'Unione europea, Conclusioni del 30 novembre 2020 (2020/C 412 I/01), *Investimenti pubblici mediante appalti pubblici: ripresa sostenibile e rilancio di un'economia dell'UE resiliente*. G. M. RACCA, *La contrattazione pubblica come strumento di politica industriale*, in C. MARZUOLI, S. TORRICELLI (a cura di), *La dimensione sociale della contrattazione pubblica. Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, Editoriale Scientifica, 2017, 171-193.

²³ Come evidente in: CORTE CONTI UE, *Relazione speciale Appalti pubblici nell'UE Meno concorrenza per i contratti di lavori, beni e servizi aggiudicati nel periodo 2011-2021*, n. 28/2023, cit.

²⁴ In Italia i controlli conseguenti richiedono circa otto ore di lavoro per ogni operatore economico, mentre in altri ordinamenti non sempre tali riscontri vengono svolti (es. in Germania e Francia). Si veda: A. LELI, “*Le sperimentazioni digitali dei soggetti aggregatori*”,

bile” dal sistema e non riutilizzabile nemmeno in parte. Il nuovo Codice non richiama espressamente la possibilità del riuso del DGUE già presentato in altra procedura²⁵, che pare in ogni caso da realizzare in relazione alla previsione del fascicolo virtuale dell’operatore economico, tuttavia si estende la semplificazione del c.d. “*winner only principle*” (inversione procedimentale)²⁶, che permette di svolgere le verifiche unicamente sul vincitore²⁷.

Utili semplificazioni nell’attesa della piena attuazione del principio *once-only*, indicato dalle direttive europee, che consente agli operatori economici di non presentare documenti già in possesso di altre amministrazioni²⁸.

L’istruttoria digitale richiede una evoluzione verso il “transito” di

intervento al Convegno “*Contratti Pubblici e Digitalizzazione: le Sfide del Nuovo Codice*”, Università degli Studi di Torino, 10 marzo 2023.

²⁵ Art. 59, par. 1, Direttiva 2014/24/UE. L’art. 91 del d.lgs. n. 36 del 2023, benché richiami il modello di DGUE adottato dalla Commissione europea in forma digitale, non riproduce più l’inciso presente nel precedente Codice “*Gli operatori economici possono riutilizzare il DGUE utilizzato in una procedura d’appalto precedente purché confermino che le informazioni ivi contenute sono ancora valide*” (art. 85, comma 4 del d.lgs. n. 50 del 2016).

²⁶ L’inversione procedimentale costituisce uno strumento utile per ridurre i tempi della gara (cfr. A. BALTRUNAITE, T. ORLANDO, I. PIZZOLLA, V. RAGOZINI, G. ROVIGATTI, *Il ricorso all’inversione procedimentale nell’affidamento dei contratti pubblici*, in *Questioni di economia e finanza*, Banca d’Italia, n. 750, marzo 2023, nel quale si confrontano i dati sulla durata delle procedure con/senza inversione).

²⁷ Art. 59, par. 4, Direttiva 2014/24/UE; art. 107, comma 3 del d.lgs. n. 36 del 2023: “*Nelle procedure aperte, la stazione appaltante può disporre negli atti di gara che le offerte siano esaminate prima della verifica dell’idoneità degli offerenti. Tale facoltà può essere esercitata dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte. Se si avvale di tale possibilità, la stazione appaltante garantisce che la verifica dell’assenza dei motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente*”.

²⁸ “*Agli operatori economici non è richiesto di presentare documenti complementari o altre prove documentali qualora e sempre che l’amministrazione aggiudicatrice abbia la possibilità di ottenere i certificati e le informazioni pertinenti direttamente accedendo a una banca dati nazionale che sia disponibile gratuitamente in un qualunque Stato membro, come un registro nazionale degli appalti, un fascicolo d’impresa virtuale (Virtual Company Dossier), un sistema elettronico di archiviazione dei documenti o un sistema di preselezione*”: art. 59, par. 5, Direttiva 2014/24/UE. I. LOCATELLI, *Process Innovation Under the New Public Procurement Directives*, in G. M. RACCA, C. R. YUKINS (a cura di), *Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders*, cit., 58 ss.; G. CARULLO, *Dati, banche dati, blockchain e interoperabilità dei sistemi informatici nel settore pubblico*, in R. CAVALLO PERIN, D.-U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell’amministrazione pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, 2020, 191-221; ID., *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell’amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2017; F. GORGERINO, *Legal Basis and Regulatory Applications of the Once-Only Principle: The Italian Case*, in R. KRIMMER, A. PRENTZA, S. MAMROT (a cura di), *The Once-Only Principle. The TOOP Project*, Springer, Cham, 2021, 104 ss.

flussi di dati e non di raccolta di documenti in formato pdf, ancora pensati e sviluppati come nella prassi cartacea.

Per non arrivare al paradosso di dover utilizzare potenti strumenti di intelligenza artificiale di lettura di linguaggio naturale per riconoscere in un certificato in formato pdf nella futura banca dati del casellario giudiziale del Ministero della Giustizia, ad esempio, dove nella stragrande parte dei casi non risulta nulla.

È un evidente paradosso, quando sarebbe infinitamente più semplice far fluire un *alert*, in caso di criticità (da banche dati esistenti) e negli altri casi semplicemente un'informazione che dia il semaforo verde (*green pass* dell'impresa). Anche il DGUE 4.0 consistente in un'autocertificazione *on line*, di oltre 40 pagine, da compilare da parte dell'impresa, che poi dovrà essere verificata, finora spesso per tutti i partecipanti, con minimo 8 ore di lavoro di un funzionario, per ciascuna impresa²⁹. Verifica che non riesce ad andare oltre lo schermo del certificato e accertare, ove sussistenti, le effettive criticità (con enorme spreco di risorse, che potrà costituire danno erariale da imputare a chi non consentirà l'interoperabilità delle banche dati, per omissione gravemente colposa). Sono previste anche sanzioni che AgID potrà irrogare a chi non assicuri la prevista interoperabilità per violazione di obblighi di transizione digitale³⁰. Inoltre la criticità risulta evidente anche per gli operatori economici che rischiano di incorrere nel reato di falso nella compilazione del DGUE dove vengono richiesti di autodichiarare dati che sono già in possesso dell'amministrazione che dovrebbe certificarli. La questione si è posta in vari casi europei³¹ ed anche transatlantici e sarebbero proprio gli operatori economici a richiedere questa evoluzione.

730

²⁹ A. LELI, "Le sperimentazioni digitali dei soggetti aggregatori", intervento al Convegno "Contratti Pubblici e Digitalizzazione: le Sfide del Nuovo Codice", cit.

³⁰ Art. 23, comma 8 del d.lgs. n. 36 del 2023: "L'omissione di informazioni richieste, il rifiuto o l'omissione di attività necessarie a garantire l'interoperabilità delle banche dati coinvolte nel ciclo di vita dei contratti pubblici costituisce violazione di obblighi di transizione digitale punibili ai sensi dell'articolo 18-bis del codice di cui al decreto legislativo n. 82 del 2005". Tale articolo prevede che l'AgID irroghi una sanzione amministrativa pecuniaria nel minimo di euro 10.000 e nel massimo di euro 100.000.

³¹ Il *document unique de marché européen* (DUME) francese, compilabile *online* tramite il portale pubblico "CHORUS" è impostato in base ai requisiti inseriti nel sistema *e-Certis* da parte delle autorità francesi e consente di recuperare automaticamente alcuni dati già detenuti dalle amministrazioni. Si richiama, a titolo esemplificativo, *Belgium Council of State*, 24 luglio 2018, n. 242.138. Cfr. S. VAN GARSSSE, S. VERHOEVEN, E. WOUTERS, *An Incomplete or Missing European Single Procurement Document? Insights from a Belgian, Dutch and European Perspective*, in *EPPPL*, n. 4/2022, 223 ss. Si veda anche il sistema di esclusione dalla gara per violazione delle norme in materia ambientale e sociale in Belgio: art. 7, *Loi du 17 juin 2016*

Si dovrebbe quindi superare l'attuale sistema di autocertificazioni, visto che la stessa direttiva richiama la digitalizzazione dei sistemi di verifica dei requisiti³² e il nuovo Codice, a sua volta, prescrive di ricorrere al modello digitale di DGUE predisposto dalla Commissione³³.

Il nuovo Fascicolo virtuale dell'operatore economico dovrebbe permettere di trovare immediato riscontro con diretto accesso alle banche dati interoperabili o con intermediazione di Anac o delle Prefetture, che dispongono dell'accesso alle Banche Dati SDI (Sistema Di Indagine) del CED Interforze del Ministero dell'Interno, ad esempio, per fornire gli *alert* necessari³⁴.

Un modello da sperimentare con gruppi di operatori economici che accettino di semplificare le modalità di prova della loro qualificazione, in conformità al principio di collaborazione e fiducia digitale.

Che si vada in questa direzione lo dimostrano anche le numerose iniziative europee, purtroppo spesso non coordinate fra loro: dalla DG

relative aux marchés publics. Negli Stati Uniti le esclusioni (*debarment*) vengono registrate nel portale <https://sam.gov/content/home>.

³² Art. 59, par. 2 della direttiva 2014/24/UE: “*Il DGUE è elaborato sulla base di un modello di formulario. La Commissione stabilisce tale modello di formulario mediante atti d'esecuzione. Tali atti di esecuzione sono adottati secondo la procedura di esame di cui all'articolo 89, paragrafo 3. Il DGUE è fornito esclusivamente in forma elettronica*”.

³³ Art. 91, comma 3 del d.lgs. n. 36 del 2023: “*Con il documento di gara unico europeo, redatto in forma digitale in conformità al modello di formulario approvato con regolamento della Commissione europea, prodotto secondo il comma 1, l'operatore economico e le imprese ausiliarie dichiarano: a) di essere in possesso dei requisiti di ordine generale di cui al Titolo IV, Capo II, della presente Parte; b) di essere in possesso dei requisiti di ordine speciale di cui all'articolo 100 e, se richiesto, dei requisiti di cui all'articolo 103*”. Cfr. il regolamento di esecuzione (UE) 2016/7 del 5 gennaio 2016 che stabilisce il modello di formulario per il documento di gara unico europeo, allegato 2. In ambito nazionale, si vedano le specifiche tecniche per l'implementazione del DGUE elettronico italiano - *eDGUE-IT*, V.1.0, emanate da AgID il 30 luglio 2021. Nelle more dell'aggiornamento delle specifiche tecniche al d.lgs. n. 36 del 2023, continuano ad applicarsi intendendo come sostituiti i riferimenti normativi al d.lgs. n. 50 del 2016 dai corrispondenti riferimenti al nuovo Codice: *Comunicato relativo alle Linee guida per la compilazione del modello di formulario di Documento di Gara unico Europeo (DGUE)* del 30 giugno 2023 del Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti,

³⁴ Per prevenire violazioni e distrazioni di fondi pubblici, occorrono sistemi che permettano sia il riscontro delle dichiarazioni di assenza di evidenze penali ecc. (requisiti di ordine generale), sia il riscontro dei requisiti di qualificazione, come il modello già sperimentato dell'applicativo P.R.I.C.E., che incrocia i dati di oltre 160 banche dati, al fine di ricavare un indice di rischio degli operatori economici e amministratori, sviluppato dal Comando della Guardia di Finanza del Veneto, in collaborazione con l'Università Ca' Foscari di Venezia. Cfr. l'intervento del generale 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. G.M. RACCA, *Le innovazioni necessarie per la trasformazione digitale e sostenibile dei contratti pubblici*, in *federalismi.it*, n. 15/2022, 191 ss.

Connect con lo sportello digitale unico europeo (*Single Digital Gateway*)³⁵, al progetto di realizzazione di un *Once Only Thechnical System*³⁶ e ancor più all'identità digitale "*digital identity wallet*"³⁷ che consente di raccogliere dati da sorgente autentica e conservarli nel portafoglio digitale dell'impresa, che dovrebbe integrarsi nel Fascicolo virtuale³⁸.

3. *La qualificazione delle stazioni appaltanti nella prospettiva della cooperazione amministrativa transfrontaliera.* — L'accresciuta complessità della funzione appalti richiede capacità di cui possono disporre solo alcune stazioni appaltanti (e non le 26.500 che risultavano attive), di qui, da lato la necessità di "Qualificazione delle stazioni appaltanti" e il rinnovato modello organizzativo strutturato in centrali di committenza specializzate che conoscano i mercati di riferimento in ambito locale, nazionale e globale e che svolgano la funzione appalti per le altre pubbliche amministrazioni.

In tal modo sarà possibile promuovere collaborazioni anche sovranazionali con le omologhe centrali d'acquisto europee. Anche in questo caso lo strumento digitale delle piattaforme consentirà di superare la barriera giuridica e linguistica permettendo di integrare modelli conformi a diversi ordinamenti giuridici, che aprano ad una effettiva integrazione europea, finora mancata³⁹.

732

³⁵ Regolamento (UE) 2018/1724 del 2 ottobre 2018 che istituisce uno sportello digitale unico per l'accesso a informazioni, procedure e servizi di assistenza e di risoluzione dei problemi.

³⁶ Art. 1, par. 1, lett. b) del regolamento (UE) 2018/1724 del 2 ottobre 2018 che istituisce uno sportello digitale unico per l'accesso a informazioni, procedure e servizi di assistenza e di risoluzione dei problemi e che modifica il regolamento (UE) n. 1024/2012.

³⁷ COMMISSIONE UE, *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (UE) n. 910/2014 per quanto riguarda l'istituzione di un quadro per un'identità digitale europea*, COM/2021/281 final. Ora anche la *DG Trade* della Commissione europea ha avviato un'iniziativa connessa ai *Free Trade Agreements* o che tende a superare l'accertamento cartaceo o documentale per il cross debarment, come integrazione del sistema e-Certis che costituisce un mero indice di equivalenza dei documenti nei 27 stati membri, L. CERNAT, *Trade Policy 2.0 And Algorithms: Towards The "Easification" Of FTA Implementation*, 2021.

³⁸ Il fascicolo virtuale dell'operatore economico andrebbe coordinato con il fascicolo "informatico" dell'impresa di cui all'art. 8 dello schema di d.lgs. recante "*Semplificazione dei controlli sulle attività economiche in attuazione della delega al Governo di cui all'art. 27, comma 1, l. 5 agosto 2022, n. 118*". Il fascicolo informatico di impresa è altresì menzionato all'art. 43-bis, comma 1, lett. b), d.P.R. 445/2000, che prevede la trasmissione dei documenti sulle imprese dal SUAP alla Camera di Commercio territorialmente competente al fine di raccogliere e conservare le informazioni in un "fascicolo informatico" per ciascuna impresa.

³⁹ CORTE CONTI UE, *Relazione speciale Appalti pubblici nell'UE Meno concorrenza per i contratti di lavori, beni e servizi aggiudicati nel periodo 2011-2021*, n. 28/2023, cit., ove si precisa che gli appalti transfrontalieri restano limitati a percentuali irrisorie.

Un esempio in tal senso riguarda una piattaforma europea per l'acquisto congiunto di dispositivi medici, avendo rilevato una grave inefficienza, dato che trenta operatori economici coprono oltre la metà del mercato, che rimanendo frammentato permette loro di mantenere margini di profitto fino al quaranta per cento ⁴⁰.

La nuova norma del codice, superando i limiti precedenti, ammette che si possa aderire ad accordi quadro aggiudicati in un diverso stato membro, finalmente aprendo alla reciprocità di tali cooperazioni e sperimentazioni ⁴¹.

Anche verso i piccoli comuni e le altre stazioni appaltanti non qualificate, i soggetti aggregatori possono svolgere una funzione di semplificazione verso una modalità di acquisto di beni e servizi già sottoposti a confronto competitivo, scelti “a scaffale” secondo un modello “*click and buy*”, senza eludere le garanzie dello svolgimento di una procedura di affidamento ad evidenza pubblica, trasparente e tracciabile ⁴², con un'evoluzione dai Mercati elettronici di Consip e regionali,

⁴⁰ Intervento alla sessione “*The Challenges of Digitalization in Healthcare Procurement in the post-Covid-19 era*” (Prof. G. M. RACCA, Prof. C. R. YUKINS, Prof. S. DE LA ROSA), al Convegno 1st Pan-European Hospital & Healthcare Procurement Summit, 20 e 21 settembre 2022; G. M. RACCA, *Digital Transformation in Healthcare Procurement*, in *Healthmanagement.org Medical Devices and AI regulations*, vol. 23, Issue 2, 2023, 98 ss.

⁴¹ Art. 62, comma 16, d.lgs. n. 36 del 2023, cit. in cui si afferma che: “*Le stazioni appaltanti possono ricorrere a una centrale di committenza ubicata in altro Stato membro dell'Unione europea per le attività di centralizzazione delle committenze svolte nella forma di acquisizione centralizzata di forniture o servizi a stazioni appaltanti oppure nella forma di aggiudicazione di appalti o conclusione di accordi quadro per lavori, forniture o servizi destinati a stazioni appaltanti*”. In precedenza, l'abrogato d.lgs. n. 50 del 2016 consentiva l'adesione ad attività di centralizzazione della committenza (svolta in un altro Stato membro) solo attraverso la possibilità di acquisire direttamente forniture e servizi destinati agli stessi enti (modello c.d. grossista), escludendo invece l'aggiudicazione di appalti o la conclusione di accordi quadro destinati alle amministrazioni aggiudicatrici (modello c.d. intermediario).

⁴² AGID, *Regole tecniche recanti Requisiti tecnici e modalità di certificazione delle Piattaforme di approvvigionamento digitale*, 1° giugno 2023. Secondo il principio di cui all'art. 1, comma 2, lett. d) della legge delega n. 78 del 2022: “*semplificazione della disciplina applicabile ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea, nel rispetto dei principi di pubblicità, di trasparenza, di concorrenzialità, di non discriminazione, di proporzionalità, nonché di economicità, di efficacia e di imparzialità dei procedimenti*” di acquisizione (a partire dallo SDAPA di Consip). Unendo i benefici della semplificazione e dell'immediatezza caratteristici dei mercati elettronici con la verifica della qualificazione delle imprese costantemente aggiornata, e l'adesione diretta a proposte di acquisto inserite in lotti anche molto piccoli, escludendo la necessità di procedere a richieste di offerta. Sul punto si v. F. FRATTINI, *Introduzione*, in R. CAVALLO PERIN, M. LIPARI, G. M. RACCA (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni per l'attuazione della legge delega*, cit., 1 ss.

sul modello delle piattaforme di e-commerce, tipo “Amazon”, ma pubbliche⁴³.

Occorre tuttavia evitare i rischi di apertura a soggetti privati, con obiettivi, strategie e algoritmi oscuri, che pretendano di qualificarsi come centrali di committenza, ancorché prive di adeguate caratteristiche e garanzie⁴⁴.

Le piattaforme di approvvigionamento digitali pubbliche e private sono infatti circa 300 in tutta Europa⁴⁵, e una cinquantina in Italia e saranno chiamate a certificarsi per coprire tutte le fasi del c.d. “ciclo di vita digitale” dei contratti pubblici dal 1° gennaio 2024⁴⁶.

Dal *Cloud Marketplace* di AgID⁴⁷ si ricavano i principali servizi e le piattaforme *e-procurement* presenti sul mercato con le relative schede

⁴³ G. M. RACCA, *La digitalizzazione necessaria dei contratti pubblici: per un'Amazon pubblica*, in *DPCE online*, n. 4/2021, 4669 ss.; D. KLINGLER, *Amazon.gov: Opportunities and Risks of Disintermediation in Public Procurement through e-Marketplaces*, in *Ius Publicum Network Review*, in corso di pubblicazione.

⁴⁴ Camera dei deputati, Interrogazione a risposta scritta 4-08834 presentata dall'on. Fabio Rampelli, 8 aprile 2021, seduta n. 482; *Il Comune di Borgofranco d'Ivrea è la prima Pubblica Amministrazione d'Italia ad acquistare su Amazon*, in www.cronacatorino.it, marzo 2021; *La “fronda” dei piccoli comuni, acquisti su Amazon senza passare da Consip. Interrogazione parlamentare e polemiche*, in ilfattoquotidiano.it, 10 aprile 2021; *ASMEL sfida il MEPA di CONSIP aprendo un canale Amazon. L'accordo raggiunto tra AMAZON e ASMEL consente l'accesso gratuito ad AMAZON BUSINESS PRIME e sfida il MEPA di Consip*, in lavoripubblici.it, 22 marzo 2021. G. M. RACCA, *La Corte di Giustizia e le scelte nazionali per una efficiente e trasparente aggregazione dei contratti pubblici: una sfida per l'evoluzione digitale della “funzione appalti” nazionale, regionale e locale*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 2/2021, 185-215.

⁴⁵ *eProcurement Golden Book of Good Practice*, report realizzato per la DG MARKT da PwC, marzo 2013, p. 11. Si v. COMMISSIONE UE, *Interoperability in end-to-end eProcurement*, Bruxelles, 2020.

⁴⁶ L'art. 225, comma 2, d.lgs. n. 36 del 2023, cit., prevede che le disposizioni in materia di digitalizzazione acquisiscano efficacia a partire dal 1° gennaio 2024. Si v. la Delibera dell'ANAC n. 582 del 13 dicembre 2023, d'intesa con il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, *Adozione comunicato relativo avvio processo digitalizzazione*, nonché già: AGID, *Regole tecniche recanti Requisiti tecnici e modalità di certificazione delle Piattaforme di approvvigionamento digitale*, 1° giugno 2023, par. 4. Il ciclo di vita dei contratti pubblici comprende le fasi di programmazione, progettazione, pubblicazione, affidamento ed esecuzione o alcune di esse (con la possibilità di una certificazione “modulare” per le piattaforme che implementano solo alcune fasi), purché siano rispettati i requisiti di interoperabilità fra di esse e con la Banca dati nazionale dei contratti pubblici. Dal dicembre 2023, sul sito istituzionale dell'ANAC è disponibile la sezione “Registro Piattaforme Certificate” (RPC), che elenca attualmente 43 piattaforme di approvvigionamento digitale certificate per specifiche fasi del ciclo di vita dei contratti pubblici. L'elenco è disponibile al link: <https://dati.anticorruzione.it/#/regpiacert>.

⁴⁷ La piattaforma che espone i servizi e le infrastrutture qualificate da AgID secondo quanto disposto dalle Circolari AgID del 9 aprile 2018, n. 2 e n. 3: <https://catalogocloud.agid.gov.it/search>.

tecniche presentate in sede di qualificazione e che dovranno conformarsi alle linee Guida di Agid⁴⁸. In particolare, vengono utilizzate le piattaforme di Consip, sia per l'adesione agli accordi quadro e per le gare su delega, sia "AcquistinretePA" (che comprende il Mercato elettronico della pubblica amministrazione - MePa) o altri mercati elettronici regionali⁴⁹, per gli acquisti sotto le soglie di rilevanza europea. Si sono utilizzate le piattaforme regionali dei Soggetti Aggregatori, concesse in riuso, gratuitamente o a costo contenuto⁵⁰, ovvero le piattaforme disponibili sul mercato⁵¹, acquisite con contratti sottosoglia, a loro volta stipulati su MePa. Spesso i contratti di acquisto delle piattaforme risultano privi di clausole sul *disaster recovery* e sulla proprietà dei dati, generando possibili effetti di *lock-in*. Si tratta di piattaforme che, in molti casi, sono state utilizzate molto al di sotto delle potenzialità disponibili. Con le piattaforme certificate i servizi interoperabili di connessione a breve dovrebbero permettere di gestire l'intero procedimento di affida-

⁴⁸ AGID, *Regole tecniche recanti Requisiti tecnici e modalità di certificazione delle Piattaforme di approvvigionamento digitale*, 1° giugno 2023.

⁴⁹ Mercato Elettronico della Valle d'Aosta (IN.VA. S.p.A. - Regione Autonoma Valle d'Aosta); MEPAT Provincia Autonoma di Trento (Agenzia provinciale per gli appalti e contratti); Sistema informativo contratti pubblici Provincia Autonoma di Bolzano (Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture); Sistema per gli Acquisti Telematici dell'Emilia-Romagna - SATER (Intercent-ER - Regione Emilia-Romagna); GT MultiEnte Marche (gestito da MAGGIOLI); SARDEGNACAT (Centrale di committenza Regione Sardegna).

⁵⁰ Sintel (ARIA Spa - Regione Lombardia); Mercato Elettronico della Valle d'Aosta (IN.VA. S.p.A. - Regione Autonoma Valle d'Aosta); Rete di stazioni appaltanti (Regione Friuli Venezia Giulia); MEPAT (Agenzia provinciale per gli appalti e contratti di Bolzano); Sistema informativo contratti pubblici (Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di Bolzano); Sistema per gli Acquisti Telematici dell'Emilia-Romagna - SATER (Intercent-ER - Regione Emilia Romagna); PORTALE ACQUISTI UMBRIA (Sistema Net4Market); GT MultiEnte Marche Gare Telematiche per gli Enti della Regione Marche (gestito da MAGGIOLI); START - Sistema di acquisti telematici della Regione Toscana (Regione Toscana); S.TEL.L@ - Sistema Telematico Acquisti Regione Lazio (Direzione Regionale della Centrale Acquisti del Lazio); Sistema Informativo di Supporto alla Gestione degli Appalti Pubblici - SISGAP (Settore Agenda Digitale e Coordinamento Sistemi Informativi Regionali della Calabria); EmPULIA (InnovaPuglia S.p.A.); SARDEGNACAT Mercato Elettronico (Centrale di committenza Regione Sardegna); Portale CST (Regione Siciliana).

⁵¹ Appalti&Contratti e-procurement (Maggioli Spa); Acquisti telematici (Digital PA Srl); Traspare (LG Solution Srl); Tuttogare PA (Asmel by StudioAmica srl); Net4market (CSAmed s.r.l.); AFLink Smart PA (AF Soluzioni Srl); Jaggaer SaaS (BravoSolution Italia S.p.A.); Pro-Q (Venicecom srl); E-procurement U-BUY (Cineca); Sap ARIBA (Sap SE); Oracle Fusion Procurement Cloud Service (Oracle Corporation); NETTARE CLOUD (NETTARE21.srl); VORTAL - Piattaforma eProcurement (Vortal Connecting Business S.R.L.); TeamSystem Construction Lavori Pubblici (TeamSystem SpA).

mento dei contratti pubblici, compresa la fase esecutiva di rendicontazione, con una diretta apertura dei dati ai fini di pubblicità legale e di accesso e trasparenza, in connessione con la Piattaforma Nazionale Dati e le banche dati di ANAC⁵².

Si tratta della sfida più significativa per l'attuazione del Codice: l'utilizzo di piattaforme certificate dal 1° gennaio 2024 che assicurino la piena tracciabilità delle operazioni di affidamento ed esecuzione dei contratti e costituiscano presidio di legalità.

Il presidio di legalità, anche degli affidamenti diretti, è digitale e si realizzerà con i dati raccolti e trattati in modo corretto e trasparente, con piena tracciabilità e trasparenza della scelta, dei tempi di esecuzione, della qualità e dei pagamenti.

4. *Il Fascicolo Virtuale dell'Operatore Economico e la reputazione delle imprese.* — La soddisfazione del cittadino e la fiducia nell'appaltatore pubblico assumono consistenza ed evidenza che si riverserà nella reputazione dell'appaltatore pubblico che dovrebbe tornare ad essere il migliore, come un tempo il “fornitore della Real Casa”, e ad usare la reputazione conquistata nel settore pubblico anche nel mercato privato, e viceversa⁵³.

Reputazione che non deve celare favoritismi, conflitti di interessi e corruzione, che peraltro ben presto emergerebbero dalla tracciabilità dei dati su qualità e tempi dell'esecuzione, esattamente come la rilevazione dell'eccesso di velocità in autostrada, in presenza del *tutor elettronico*, (controllo automatico di velocità), o in futuro, dal rilevatore di tasso alcolico, che bloccherà l'avvio del veicolo, come decisiva deterrenza e contrasto alle attività pericolose.

⁵² Art. 25, comma 1 del d.lgs. n. 36 del 2023.

⁵³ F. FRATTINI, *Introduzione*, in R. CAVALLO PERIN, M. LIPARI, G. M. RACCA (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni per l'attuazione della legge delega*, cit., 1 ss. L'art. 109 (*Reputazione dell'impresa*) del d.lgs. n. 36 del 2023, cit., prevede l'attuazione “entro diciotto mesi dalla data di entrata in vigore del codice, anche tenendo conto dei risultati ottenuti nel periodo iniziale di sperimentazione”. Si v. F. DECAROLIS, relazione al Convegno “*Contratti Pubblici e Innovazioni nel nuovo Codice. Trasformazioni sostanziali e processuali*”, Consiglio di Stato, Roma, 4 ottobre 2023, nella sessione “*Le innovazioni per la qualificazione degli operatori economici*”. Sull'argomento: F. DECAROLIS, G. SPAGNOLO, R. PACINI, *Past performance and procurement outcomes*, in NBER Working Paper Series, May 18, 2020. Sia consentito il rinvio a: G. M. RACCA, *La prossima sfida della trasformazione digitale per l'integrità e l'innovazione dei contratti pubblici*, in M. ANDREIS, G. CREPALDI, S. FOÀ, R. MORZENTI PELLEGRINI, M. RICCIARDO CALDERARO (a cura di), *Scritti in onore di Carlo Emanuele Gallo*, vol. II, Giappichelli, Torino, 2023, spec. 460.

Così, indici di rischiosità dell'operatore economico nella logica del *management risk*⁵⁴ possono determinare valutazioni del rischio simili a quanto avviene nei sistemi di *compliance* fra privati e potranno permettere anche i necessari chiarimenti e interventi di *self cleaning*.

La tendenza americana vede una verifica della qualificazione dei fornitori impostata secondo una logica binaria “sì o no” per taluni requisiti mentre per altri utilizza la valutazione e la gestione dei rischi. Il tema della *cyber security* dei fornitori sarà un tema cruciale, poiché evidenzia la necessità di fare affidamento sulla mitigazione del rischio da parte degli operatori economici, poiché è sempre più difficile trovare una soluzione totalmente sicura, senza margini di rischio. Gli acquirenti pubblici sono chiamati a stabilire gli *standard* per la sicurezza informatica e devono anche valutare il rischio delle diverse soluzioni di sicurezza informatica offerte dal mercato.

Nuovi strumenti che possono costituire un presidio di legalità e svolgere funzione di deterrenza escludendo la possibilità di nascondere le inefficienze e le incapacità dietro i formalismi e le certificazioni.

Nel rapporto tra operatore economico e pubblica amministrazione è richiesta la fiducia digitale, basata sulla trasparenza e correttezza, intesa come fedeltà alla Repubblica, *ex art. 54 Costituzione*, per i cittadini e gli operatori economici che contrattano con la pubblica amministrazione, assumendo il perseguimento del comune obiettivo di tempestività e risultato.

737

5. *La fiducia digitale come nuovo paradigma del sistema dei contratti pubblici.* — La fiducia digitale richiede un'evoluzione del contratto pubblico: da modello di parti contrapposte del contratto, con i normali comportamenti opportunistici, verso modelli di accordo collaborativo, fondato sulla modellazione digitale. Tali modelli di accordi fondati sullo strumento digitale permettono di superare le incertezze e approssimazioni progettuali, mediante la definizione univoca, fino al dettaglio, e la definizione dei ruoli, dei tempi e degli adempimenti rispettivi, nel comune interesse, *win-win*, alla tempestiva esecuzione. La collaborazione digitale, come *framework alliance*, fra tutti i soggetti coinvolti, appaltatori, subappaltatori, professionisti permette di superare le criticità del riconoscimento dei ruoli e dei compensi rispettivamente dovuti, in rap-

⁵⁴ OECD, *Managing risks in the public procurement of goods, services and infrastructure*, 2023.

porto alle PMI ed alle prestazioni professionali richieste, superando anche i rischi connessi all'appalto integrato ⁵⁵.

L'interesse a partecipare ad una relazione istituzionale fondata sulla fiducia reciproca deve risultare come interesse qualificante della causa del contratto e non come motivo ulteriore, e potrà permettere di sviluppare figure sintomatiche del tradimento della fiducia, svelate da un *alert*, che rilevi anche i possibili conflitti di interessi ⁵⁶. Una intelligenza umana, con strumenti di istruttoria digitale, come attività conoscitiva digitale, potrà assicurare questa evoluzione.

La fiducia digitale richiede collaborazione degli operatori economici superando la caccia all'errore fra imprese come pure la qualificazione meramente formale, basata sui certificati e l'inutile lotta per squalificare il concorrente.

Si vuole procedere verso una qualificazione effettiva, che superi i formalismi e si basi sulla storia dell'impresa: titolarità effettiva, *change management*, settori di attività, capacità dimostrata ⁵⁷.

Per gli operatori economici ottenere un contratto pubblico non dovrà più essere una lotteria o una richiesta di favore, occultata nei formalismi di una gara, ma dovrà diventare il normale riconoscimento delle capacità dimostrate e raccolte nel proprio fascicolo virtuale, *digital identity wallet* (portafoglio digitale), che integrerà i *dossier* di rischio creditizio.

6. *Le responsabilità delle organizzazioni pubbliche per la violazione della fiducia digitale.* — La prospettiva di un'alleanza digitale fondata

⁵⁵ Reintrodotta dall'art. 44, d.lgs. n. 36 del 2023, cit. Si v. Relazione illustrativa al Codice, cit. spec. 66 ss. sul superamento del divieto posto dall'abrogato art. 59, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016.

⁵⁶ G. MONTEDORO, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *giustizia-amministrativa.it*, giugno 2023; C. CONTESSA, P. DEL VECCHIO (a cura di), *Codice dei Contratti Pubblici, Annotato articolo per articolo. D. lgs. 31 marzo 2023 n. 36*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023. Si v. la relazione illustrativa del Consiglio di Stato sullo schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici, Roma 7 dicembre 2022. Si v. inoltre: G. M. RACCA, *Le innovazioni necessarie per la trasformazione digitale e sostenibile dei contratti pubblici*, in R. CAVALLO PERIN, M. LIPARI, G. M. RACCA (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni per l'attuazione della legge delega*, cit., 9 ss.

⁵⁷ Art. 24, d.lgs. n. 36 del 2023, cit. Si veda: G. M. RACCA, *La "fiducia digitale" nei contratti pubblici tra piattaforme e data analysis*, in *Ist. del federalismo*, n. 2/2023, 357 ss.; A. CORRADO, *I nuovi contratti pubblici, intelligenza artificiale e blockchain: le sfide del prossimo futuro*, in *federalismi.it*, n. 19/2023, 128 ss. F. DECAROLIS, relazione al Convegno "Contratti Pubblici e Innovazioni nel nuovo Codice. Trasformazioni sostanziali e processuali", cit.

sulla collaborazione e buona fede reciproca consente di sanzionare con la condanna al risarcimento del danno precontrattuale anche l'operatore economico che abbia concorso all'esito della gara illegittimo⁵⁸, ma anche che non accetti le nuove "regole del gioco digitale"⁵⁹.

Questo potrebbe verificarsi, ad esempio, nel caso in cui l'operatore — che si qualifica come operatore del mercato, professionista, organizzazione complessa e non un semplice cittadino, o parte debole⁶⁰ — presenti offerte anomale, occultando costi obbligatori, anomalie che nello svolgimento del rapporto amministrativo, saranno oramai "tracciabili" e identificabili anche mediante l'intelligenza artificiale, offrendo soluzioni predittive che siano capaci di definire nuove casistiche di "figure sintomatiche" dello sviamento e della scorrettezza, in ragione dei più frequenti tipi di trattativa.

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 digitale e che va riconosciuta non solo in capo all'amministrazione contraente, ma

⁵⁸ Come chiarisce la Relazione illustrativa al Codice, cit., 247: "L'innovazione punta a rafforzare la tutela risarcitoria sia del terzo pretermesso, leso dall'aggiudicazione illegittima, il quale può agire direttamente, oltre che nei confronti della stazione appaltante, anche nei confronti dell'operatore economico che, contravvenendo ai doveri di buona fede, ha conseguito una aggiudicazione illegittima; sia della stessa stazione appaltante, che può agire in rivalsa nei confronti di quest'ultimo o dell'eventuale terzo concorrente che abbia concorso con la sua condotta scorretta a determinare un esito della gara illegittimo". La nuova disposizione sviluppa una soluzione già prefigurata dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 12 maggio 2017 n. 2 (§ 22 e 30 e ss.) e si raccorda con l'art. 41 comma 2 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, nella parte in cui prevede che "Qualora sia proposta azione di condanna, anche in via autonoma, il ricorso è notificato altresì agli eventuali beneficiari dell'atto illegittimo".

⁵⁹ Art. 5, comma 4 del d.lgs. n. 36 del 2023, cit.: "Ai fini dell'azione di rivalsa della stazione appaltante o dell'ente concedente condannati al risarcimento del danno a favore del terzo pretermesso, resta ferma la concorrente responsabilità dell'operatore economico che ha conseguito l'aggiudicazione illegittima con una condotta contraria ai doveri di buona fede". Si veda anche l'art. 124, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, Codice del processo amministrativo.

⁶⁰ A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in questa Rivista, n. 1/1998, 1-25. Si v. F. G. SCOCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pubb.*, n. 1/2000, 13 ss. Cfr. F. D. BUSNELLI, *Lesione di interessi legittimi: dal "muro di sbarramento" alla "rete di contenimento"*, in *Danno e resp.*, 1997, 269 ss. e successivamente: *Id.*, *La responsabilità per esercizio illegittimo della funzione amministrativa vista con gli occhiali del civilista*, in questa Rivista, n. 4/2012, 531-565, spec. 548. Più di recente: G. MONTEDORO, *Il diritto pubblico tra ordine e caos. I pubblici poteri nell'età della responsabilità*, Cacucci Editore, Bari, 2018.

anche in capo agli operatori economici, in virtù della speciale posizione rivestita nella procedura ad evidenza pubblica ⁶¹.

La correttezza richiesta nel procedimento di scelta del contraente non è qualificabile come generico dovere di condotta ma appare qualificata ed esprime un obbligo preciso di collaborazione tra soggetti determinati, che sono le parti coinvolte nelle trattative parallele o multiple volte all'aggiudicazione del contratto, ove tra queste spiccano anche i relativi obblighi di buona fede e correttezza dell'operatore economico. Pare da rilevare che anche in altri settori dell'economia si delineano degli obblighi di cooperazione delle imprese verso l'amministrazione — come in materia di *cooperative compliance* — che per il privato costituiscono espressione del generale dovere di fedeltà alla Repubblica, mentre, come noto, al funzionario pubblico è richiesta oltre alla fedeltà, anche la disciplina e l'onore (art. 54 Cost.) ⁶².

Impostazione che permette anche di superare la principale obiezione al modello della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione, come avente natura giuridica da inadempimento e non extracontrattuale ⁶³. Si tratta, come sostenuto da tempo, di una responsabilità, non da provvedimento, ma da comportamento, mai da comportamento mero, bensì sempre tenuto 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 ⁶⁴.

Si evidenzia la necessità di un corretto rapporto di fiducia, in cui sia attribuito al giudice amministrativo il ruolo di garante delle responsabilità, configurando così una giurisdizione esclusiva per i contratti pubblici,

⁶¹ Cfr. A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubb.*, n. 1/2018, 121 ss.; G. ORSONI, E. D'ORLANDO, *Nuove prospettive dell'amministrazione digitale: Open Data e algoritmi*, in *Ist. fed.*, n. 3/2019, 593-617.

⁶² D.lgs. 5 agosto 2015, n. 128, *Disposizioni sulla certezza del diritto nei rapporti tra fisco e contribuente, in attuazione degli articoli 5, 6 e 8, comma 2, della legge 11 marzo 2014, n. 23*. Cfr. A. F. URICCHIO, *L'accertamento tributario*, Giappichelli, Torino, 2014; L. STRIANESE, *La tax compliance nell'attività conoscitiva dell'Amministrazione finanziaria*, Aracne, Roma, 2014 e più di recente: A. TROPEA, *I profili giuridici dell'adempimento collaborativo*, in *Riv. trim. dir. trib.*, n. 3-4/2017, 789 ss.

⁶³ Sulla natura giuridica da inadempimento si veda: 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 e già in *Id.*, *Risarcibilità e interesse legittimo*, cit. 13 ss.

⁶⁴ A. ROMANO TASSONE, *La responsabilità della P.A. tra provvedimento e comportamento (a proposito di un libro recente)*, in *questa Rivista*, 2/2004, 209 ss.; G. GRECO, *Accordi e contratti della pubblica amministrazione tra suggestioni interpretative e necessità di sistema*, in *questa Rivista*, n. 3/2002, 413 ss.

per garantire il perseguimento del risultato della “buona contrattazione digitale”⁶⁵. Il comportamento delle parti, pubblica e privata, 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, sicché si può affermare che il giudice amministrativo ha giurisdizione sulle trattative, a prescindere dall’ambito della sua giurisdizione esclusiva⁶⁶. La stessa collocazione, nell’esordio della legge generale sul procedimento, del principio per cui “*I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede*”⁶⁷, induce a ritenere che le questioni giuridiche correlate all’obbligo di correttezza sono anzitutto connesse all’esercizio della funzione pubblica

⁶⁵ Principio enunciato dall’art. 1, comma 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. Si v. A. POLICE, *La quantificazione del danno ingiusto ad opera del giudice amministrativo. Misura del risarcimento ed effettività della tutela*, in AA.VV., *Verso un’Amministrazione responsabile*, Giuffrè, Milano, 2005, 271 ss.; S. FOÀ, *Risarcimento degli interessi legittimi e termine decadenziale. La lettura italiana del principio di effettività della tutela*, in *federalismi.it*, n. 18/2017, 1-20 e già ID., *Giustizia amministrativa atipicità delle azioni ed effettività della tutela. Il nuovo diritto giurisprudenziale*, Jovene, Napoli, 2012. Sul tema, di recente: E. ROMANI, *L’esecuzione delle sentenze della Corte EDU nella giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2023.

⁶⁶ Sul punto: G. M. RACCA, *La responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, in *questa Rivista*, n. 3/2022, 601 ss. e ID., *L’evoluzione del principio di buona fede nella trasformazione digitale dei contratti pubblici*, in *P.A. Persona e amministrazione*, n. 2/2022, 201-226. Così: G. GRECO, *Accordi e contratti della pubblica amministrazione tra suggestioni interpretative e necessità di sistema*, cit., 413 ss. Cfr. A. POLICE, *Giurisdizione esclusiva*, in S. CASSESE (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, vol. III, 2006, 2754 ss. Più di recente: F. G. SCOCA, *Fondamento e tutela delle posizioni soggettive*, intervento al 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.

⁶⁷ Art. 1, comma 2-bis, l. 7 agosto 1990, n. 241, comma introdotto dall’art. 12, comma 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 in quanto tali vanno considerate⁶⁸. Si tratta di affermare, anche verso la pubblica amministrazione, in transizione digitale, i generali obblighi di protezione (gestione dei rischi) e prestazione sicché la loro violazione determina responsabilità “da inadempimento”, trattandosi di obblighi generati dal rapporto giuridico amministrativo instaurato con la pubblicazione del bando e la presentazione delle offerte, su *e-forms* digitali, che ne permettono la piena tracciabilità⁶⁹.

La giurisdizione del giudice amministrativo sul risarcimento dei danni arrecati ai privati riguarda quelle condotte amministrative che si evidenzino, mediante la tracciabilità digitale come scorrette, contraddittorie e non collaborative⁷⁰.

Attività che includono ogni comportamento che risulti connesso all’esercizio della funzione appalti anche solo in via mediata⁷¹. Può

⁶⁸ Art. 7, comma 1, d.lgs. n. 104 del 2010, cit.

⁶⁹ La pubblicazione elettronica dei bandi di gara dal 25 ottobre 2023 dovrà avvenire tramite gli *e-Forms*, formulari *standard* per raccogliere e pubblicare i dati sugli appalti che attuano quanto previsto dalle direttive, al fine di rispettare il principio dell’invio unico del dato. Cfr. Direttiva 2014/23/UE, art. 33; Direttiva 2014/24/UE, art. 51; Direttiva 2014/25/UE art. 71, nonché il 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»). Si v.: W. RHODRI QC, *New rules on digital forms*, in *Public Procurement Law Review*, n. 3/2020, 81 ss.

⁷⁰ Affermano la giurisdizione del g.a. sul risarcimento del danno da scorrettezza dell’amministrazione: Cons. Stato, Ad. Plen., 29 novembre 2021, n. 20 (risarcimento per lesione dell’affidamento legittimo del privato per aver l’amministrazione disposto una variante urbanistica illegittima poi annullata dal giudice); Corte cost., 15 luglio 2022, n. 178 (in relazione a comportamenti materiali legati all’omessa adozione di provvedimenti organizzativi, come nel caso specifico della raccolta dei rifiuti); Cons. Stato, sez. IV, 3 agosto 2023, n. 07503 (sul risarcimento dei danni da perdita di un immobile assegnato tramite un contratto preliminare di acquisto, a causa dell’inerzia protratta del Comune). Per l’orientamento giurisprudenziale che non riconosce il collegamento tra il “*tradimento della fiducia riposta dall’impresa nella condotta amministrativa*” e l’esercizio di un potere pubblico si veda, più di recente: Cass. civ. Sez. Unite, Ord., 29 aprile 2022, n. 13595 che condanna l’amministrazione al risarcimento del danno “da contatto sociale qualificato” subito da un’appaltatrice di lavori pubblici a causa dell’inerzia colposa dell’Ente locale, confermando la giurisdizione del giudice ordinario. Affermano parimenti la giurisdizione del g.o.: Cass. civ. Sez. Unite, Ord., 28 aprile 2020, n. 8236 (sul danno conseguente all’adozione di una variante urbanistica restrittiva delle facoltà edificatorie del privato); T.A.R. Toscana, sez. I, 18 novembre 2022, n. 1348 (sul danno patito dall’amministrazione appaltante per il rifiuto ingiustificato dell’aggiudicatario di stipulare il contratto); nonché, da ultimo: Cass. civ., Sez. Unite 19 gennaio 2023, n. 1567 (danno patito dal privato per la condotta scorretta dell’Amministrazione comunale nel procedere con un progetto poi annullato).

⁷¹ Corte cost., 15 luglio 2022, n. 178 (Pres. Amato; Red. De Pretis), cit. in cui si dichiara la non fondatezza delle questioni di legittimità costituzionale sollevate in riferimento all’art. 133, comma 1, lett. p), cod. proc. amm., che sulla scorta della giurisprudenza della Corte di

trattarsi anche solo dell'omessa adozione di atti organizzativi del servizio pubblico, come di recente precisato dalla Corte costituzionale⁷², che ha escluso la giurisdizione amministrativa solamente sui comportamenti meramente materiali in nessun modo riconducibili a poteri pubblici (insidie e trabocchetti, omissione di custodia)⁷³.

La necessità di una tutela piena ed effettiva, come richiesto anche dai principi europei, è evidenziata dalla evoluzione delle responsabilità delle amministrazioni pubbliche, che da tempo sono state ricondotte all'organizzazione, anche dalla giurisprudenza della Corte di giustizia UE, laddove, superando la nozione di culpa *in re ipsa* e configurando una responsabilità "dell'apparato", si è affermata la responsabilità per violazione delle norme europee sulla selezione del contraente, con esclusione della possibilità di richiedere la prova della colpa, o addirittura di ammettere la prova dell'assenza di colpa⁷⁴.

Cassazione, assunta a "diritto vivente" devolvrebbe alla giurisdizione esclusiva del g.a. il danno da comportamenti meramente materiali della p.a. nella gestione del ciclo dei rifiuti. 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 consensuali.

⁷² Corte cost., n. 178 del 2022, cit., che permette di superare la precedente attribuzione, operata dalla Corte di Cassazione (*ex multis*: Cass. civ., Sez. Unite, Ord., n. 8236 del 2020, cit.) della giurisdizione ordinaria per il danno all'affidamento che il privato abbia riposto nella condotta procedimentale della p.a. indipendentemente dall'esistenza di un provvedimento. Sul tema sia consentito il rinvio a: G. M. RACCA, *La responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, cit., 601 ss.

⁷³ Come è noto, l'"insidia" o "trabocchetto", è stata configurata dalla prevalente giurisprudenza (*ex multis*: Cass. civ., 25 giugno 1997, n. 5670; Cass. civ., 24 gennaio 1995, n. 809) "come una sorta di figura sintomatica di colpa [...] col preciso fine di meglio distribuire tra le parti l'onere probatorio" tra cittadino danneggiato e p.a. Così: Corte cost. 29 aprile 1999, n. 156. Si veda, più di recente: Cass. civ., Sez. III, 9 giugno 2016, n. 11802 che afferma la responsabilità della p.a. da custodia, *ex art.* 2051 c.c., in caso di sinistro stradale a causa di una "insidia" stradale causata da una caduta d'acqua su pubblica via.

⁷⁴ Corte di giustizia UE, 30 settembre 2010, C-314/09, *Stadt Graz c. Strabag AG*, che con riferimento all'elemento della colpa ha rilevato la maggiore gravosità dell'onere probatorio connesso al rimedio risarcitorio rispetto a quello d'annullamento, affermando che l'assoggettamento del diritto al risarcimento al carattere colposo della condotta può risultare in contrasto con il diritto dei cittadini europei ad un rimedio rapido ed efficace, quand'anche l'onere della prova sull'elemento soggettivo sia imposto all'amministrazione, da cui è derivata la qualificazione della responsabilità dell'amministrazione come responsabilità oggettiva, con presunzione di colpa non sovvertibile a garanzia dell'effettività del rimedio risarcitorio. Si veda: C. E. GALLO, *La responsabilità della stazione appaltante nella conduzione del procedimento di gara ed il problema della colpa*, in L. BALUCANI, A. CAROZZO, C. E. GALLO (a cura di), *Il risarcimento del danno negli appalti pubblici*, Torino, 2014, 9 ss. sulla necessità di circoscrivere l'applicazione della responsabilità oggettiva esclusivamente al settore dei contratti pubblici, in virtù della sua specificità all'interno del diritto amministrativo. F. CORTESE, *L'accertamento della colpa della p.a. nella fattispecie di danno da provvedimento illegittimo: il*

Come noto, la responsabilità “da scorrettezza dell’amministrazione” è necessaria per assicurare il rispetto delle regole di selezione del contraente agli operatori economici europei che partecipino alle gare pubbliche, a prescindere dal diritto all’aggiudicazione⁷⁵.

Tuttavia, di recente sembra possibile riconsiderare le concezioni strutturali della responsabilità della pubblica amministrazione⁷⁶ verso una responsabilità “per rischio”, in correlazione ad un’azione ammini-

giudice amministrativo in equilibrio tra diritto interno e diritto europeo, in *Resp. civ. prev.*, n. 5/2012, 1613 ss.; B. BOSCHETTI, *Natura oggettiva della responsabilità per danni in materia di appalti: nuovi fondamenti tra norme e principi*, in *Urb. e app.*, n. 2/2013, 174 ss.; G. M. RACCA, S. PONZIO, *Evoluzioni sulla responsabilità precontrattuale delle pubbliche amministrazioni, nota a Cass., Sez. I, sentenza 12 maggio 2015, n. 9636*, in *Giur. it.*, 2015, 1963-1977; C. FELIZIANI, *L’elemento soggettivo della responsabilità amministrativa. Dialogo a-sincrono tra Corte di giustizia e giudici nazionali*, in *federalismi.it*, 2-28. Si veda, di recente: Cons. giust. amm. Sicilia, 8 agosto 2021, n. 841, che accoglie la domanda risarcitoria di un’impresa contro l’aggiudicazione, alla prima classificata, di un appalto per il servizio di presidio sanitario aeroportuale e di primo soccorso sanitario, a causa della violazione della *lex specialis*, e in particolare dell’inosservanza dei requisiti di capacità professionale per il personale medico. Si ritiene fondata la domanda risarcitoria sussistendone gli elementi costitutivi e, in primo luogo “la presenza di un danno ingiusto per la lesione al bene della vita sofferta dall’interessata ed atteso che la giurisprudenza europea (sentenza della Corte di giustizia UE 30.9.2010 - Stadt Graz - C 314-09) ha da tempo escluso rilevanza all’elemento soggettivo della colpa ai fini di garantire l’effettività della tutela risarcitoria nella materia degli appalti pubblici”.

⁷⁵ G. GRECO, *I contratti dell’Amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Giuffrè, Milano, 1986, spec. 121, ove si chiarisce il necessario assoggettamento dell’amministrazione appaltante agli obblighi di correttezza derivanti dall’art. 1337 c.c. e ciò “sin dal bando di gara”. Sul riconoscimento della necessità di un rapporto corretto fin dalla pubblicazione del bando e non solo dopo l’aggiudicazione sia consentito il rinvio a G. M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Jovene, Napoli, 2000, spec. 41 ss., confermato dalla recente giurisprudenza amministrativa: Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5, e ripreso dalle Ad. Plen. nn. 19, 20 e 21 del 2021.

⁷⁶ Cfr.: R. ALESSI, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1955, 143 ss.; E. CASSETTA, *L’illecito degli enti pubblici* Giappichelli, Torino, 1953; Id., *Responsabilità della Pubblica Amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Utet, Torino, 1997, 219 ss.; E. FOLLIERI, *Risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi*, Marino Solfanelli, Chieti, 1984; G. GRECO, *I contratti dell’Amministrazione tra diritto pubblico e privato*, cit., 115 ss.; F. SATTA, *La lesione di interessi legittimi: variazioni giurisprudenziali sull’inammissibilità del risarcimento e principi comunitari*, in *Giur. it.*, n. 11992, I, 1, 1795 ss.; G. SCOCA, *Risarcibilità ed interesse legittimo*, in *Dir. Pubbl.*, n. 1/2000, 31 ss.; A. ROMANO, *Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi?*, in *Foro It.*, n. 1/1999, 3222 ss., nota a Cass., Sez. un., 22 luglio 1999, n. 500; A. ORSI BATTAGLINI, C. MARZUOLI, *La cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell’interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 487; A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, Giuffrè, Milano, 2005; G. U. RESCIGNO, *La tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi secondo la Costituzione italiana (dialogando con Andrea Orsi Battaglini a proposito del suo libro Alla ricerca dello stato di diritto)*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2006, 111 ss. Si veda, più di recente: G. MANNUCCI, *La Costituzione « dimenticata » le responsabilità proprie dei funzionari*, in *Riv. trim. dir. pub.*, n. 1/2021, 361 ss., nota a Cass. civ., 16 maggio 2019, n. 13246; M. TRIMARCHI, *Sulla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in questa *Rivista*, n. 3/2022, 705 ss.

strativa digitale ⁷⁷. Rispetto alle tradizionali concezioni delle responsabilità, come sanzionatoria, preventiva e riparatoria, pare da considerare la prospettiva funzionale, con un riequilibrio di posizioni e la conseguente allocazione dei rischi, con individuazione dei costi/benefici, dei profili assicurativi, con analisi dell'impatto delle decisioni, anche giurisdizionali ⁷⁸.

Evoluzione che richiede un approccio di tipo precauzionale che includa metodologie di *risk regulation* ⁷⁹, privilegiando la definizione di *standard* di correttezza e collaborazione, definiti e tracciati digitalmente, per un buon andamento “oggettivo” dell'amministrazione, cui risultano correlati e funzionali modelli di responsabilità e le necessarie garanzie

⁷⁷ Sulla necessaria considerazione dei profili di rischio nella catena di approvvigionamento e nei contratti pubblici si veda: OECD, *Managing risks in the public procurement of goods, services and infrastructure*, OECD Public Governance Policy Papers, No. 33, OECD Publishing, Paris, 2023. In particolare, si considerano una serie di rischi, tra cui quelli relativi alle eventuali violazioni delle norme nel corso delle gare pubbliche; rischi legati alla sostenibilità, come l'impatto ambientale e sociale dei prodotti o servizi appaltati; rischi operativi, come interruzioni nella fornitura, mancanza di qualità o ritardi nella consegna; rischi legati alla catena di approvvigionamento, come quelli associati all'origine dei materiali o alla qualità dei fornitori, oltre a rischi generali connessi alla complessità dell'appalto. Tra questi strumenti, sembra possibile individuare anche gli strumenti di gestione del rischio, tra cui le assicurazioni e i meccanismi di riassicurazione.

⁷⁸ S. SICA, *La responsabilità civile tra struttura, funzione e « valori »*, in *Resp. civ. prev.*, n. 4-5/1994, 543-558. Si v. Id., *intervento al Convegno: A 20 anni dalla sentenza n. 500/1999: attività amministrativa e risarcimento del danno*, Consiglio di Stato, Roma, 16 dicembre 2019. Si veda, più di recente: G. SDANGANELLI, *La gestione del rischio clinico e delle connesse responsabilità per l'effettività del diritto alla salute*, in *federalismi.it*, n. 5/2022, p. 214 ss.; D. AMRAM, *La transizione digitale delle vulnerabilità e il sistema delle responsabilità*, in *Riv. it. med. leg.*, n. 1/2023, 1 ss. Un'indagine di tipo “funzionale” della responsabilità civile è come noto, evidenziata nell'opera di 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 (a cura di), *Studi in onore di Aldo Frignani: nuovi orizzonti del diritto comparato europeo e transnazionale*, Jovene, Napoli, 2011, 405 ss.

⁷⁹ Prospettiva peraltro evidenziata nella recente proposta europea di Regolamento del parlamento europeo e del consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale), Bruxelles, 21 aprile 2021, COM(2021) 206 final, 2021/0106(COD), in cui si propone di utilizzare “*a proportionate and risk-based European regulatory approach*” al fine di promuovere l'uso delle nuove tecnologie secondo un modello basato sulla gestione differenziata dei rischi associati a specifiche applicazioni di IA. Si veda, nella prospettiva della sanità digitale: G. SDANGANELLI, *Liability issues in data-driven healthcare and harmonisation efforts in Europe*, in *Ius Publicum Network Review*, n. 2/2022. Cfr. OECD, *Managing risks in the public procurement of goods, services and infrastructure*, cit.

assicurative in grado di allocare il rischio, secondo proporzionalità e adeguatezza⁸⁰.

Le trasformazioni digitali richiedono una ridefinizione del modello organizzativo e della gestione dei rischi “di posizione”, dell’“apparato” che assicuri l’individuazione delle misure di monitoraggio, controllo e riduzione, che ridefiniscano le responsabilità dell’organizzazione e riconoscano l’imputazione degli atti, anche automatizzati per individuare le relative responsabilità, anche del funzionario pubblico, in caso di violazione degli *standard*⁸¹.

Prospettiva che, come richiamato, trova conferma nelle recenti iniziative europee sul digitale⁸² e sulle attività svolte e monitorate mediante piattaforme⁸³, che permettono di migliorare le prestazioni e a ridurre gli errori e gli scostamenti dagli *standard* predefiniti, con il limite individuato dal necessario rispetto del principio di legalità⁸⁴.

La responsabilità del funzionario pubblico (con una evoluzione della definizione dell’errore digitale scusabile) per il danno correlato alla deviazione dagli *standard* potrebbe restare un danno o del produttore

⁸⁰ PARLAMENTO UE, Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica, cit., punti 53-54 sulla scelta di “applicare l’approccio della responsabilità oggettiva o della gestione dei rischi”, con la precisazione che “l’approccio di gestione dei rischi non si concentra sul singolo” agente che ha agito con negligenza bensì “sulla persona [rectius, organizzazione] che, in determinate circostanze, è in grado di minimizzare i rischi e affrontare l’impatto negativo”, scelta che pare richiamare il concetto di responsabilità per rischio d’impresa su cui, per tutti, v.: P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffrè, Milano, 1961.

⁸¹ Cfr. M. C. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell’amministrazione nella società dell’algoritmo*, in *federalismi.it*, n. 16/2019, 1 ss. Sulla prospettiva della responsabilità in relazione ai profili di “rischio digitale” si veda: C. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile ed intelligenza artificiale: quali soluzioni per quali problemi?*, in *Resp. civ.*, n. 4/2023, 1073 ss.

⁸² Profili rilevanti per la disciplina dell’intelligenza artificiale sono presenti nel *Digital Services Act* e nel *Digital Markets Act*. Si veda: Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (Regolamento sui servizi digitali), c.d. *Digital Services Act*, nonché il Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022, relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (Regolamento sui mercati digitali), c.d. *Digital Services Act*.

⁸³ C. CASTALDO, *Big Data, Power, and Knowledge. Regulatory Aspects of Access to Big Data and the Digital Services Act Package*, in *Ius Publicum Network Review*, n. 1/2022.

⁸⁴ B. MARCHETTI, *Amministrazione digitale*, in *Enc. dir. (I tematici)*, Giuffrè, Milano, 2022, 75-109. Cfr. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano troppo umano. Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2019, 5 ss.; A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 4/2019, 1149 ss.; G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Predeterminazione, analisi predittiva e nuove forme di intellegibilità*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019.

delle tecnologie impiegate, nel caso di scostamento dai parametri normativi⁸⁵, ovvero dell'ente, assicurato congruamente, secondo gli indici statistici o predittivi desunti dall'intelligenza artificiale⁸⁶.

In tale rinnovata prospettiva digitale la giurisdizione “unica” del giudice amministrativo sulla responsabilità da scorrettezza, intesa come violazione degli *standard* normativi e delle nuove forme digitali, assicura — ed è l'unica a poter assicurare — una tutela piena ed effettiva, secondo i principi costituzionali e del diritto europeo, garantendo anche quella concentrazione delle tutele (art. 6, CEDU), imprescindibile nella necessaria transizione digitale⁸⁷.

Abstract

L'articolo analizza la trasformazione digitale dei contratti pubblici con riferimento alla evoluzione dei modelli organizzativi, verso una qualificazione e specializzazione della domanda pubblica ed al perseguimento di politiche industriali europee. Si evidenzia altresì la necessaria evoluzione della qualificazione degli operatori economici mediante una identità digitale (*digital identity wallet*) che permetterà di acquisire ogni elemento utile direttamente in applicazione del

747

⁸⁵ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Public Administration Algorithm Decision-Making and the Rule of Law*, in *European Public Law*, vol. 27, 1/2021, 103 ss.; D. MARONGIU, *Gli atti amministrativi ad elaborazione elettronica: la compilazione di un “pre-software” in lingua italiana*, in *Riv. Dir. amm. el.*, n. 4/2003, 1 ss. evidenziandosi il fondamento dell'imputazione della responsabilità in capo al produttore del sistema informatico sia “in caso di difformità tra gli atti automatici e il dettato della legge, ossia in caso di produzione di atti illegittimi da parte del calcolatore”. Si veda anche: ID., *L'attività amministrativa automatizzata*, Maggioli, Bologna, 2005.

⁸⁶ R. CAVALLO PERIN, *Dalle riforme astratte dell'amministrazione pubblica alla necessità di amministrare le riforme*, in *Diritto Pubblico*, n. 1/2021, 73-82; ID., *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *questa Rivista*, n. 2/2020, 305-328.

⁸⁷ Art. 1, comma 1, d.lgs. n. 104 del 2010, cit. Come noto, l'adesione dell'Unione Europea alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) è richiamata dall'art. 6, par. 2, del Trattato UE, che afferma 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*) e richiede la concentrazione dei processi connessi, come corollario derivante dai corollari (primari) della tempestività e dell'effettività della tutela, così già in G. M. RACCA, *La responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, in *questa Rivista*, cit., 601 ss. Cfr. E. GUARNIERI, *Funzionalizzazione e unitarietà della vicenda contrattuale negli appalti pubblici*, Bologna, spec. 311 ss. E sul diritto ad un equo processo (art. 6 CEDU) costituzionalizzato già dalla l. cost. 23 novembre 1999, n. 2, nell'art. 111 Cost. (“la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge”) per tutti F. MERUSI, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna 2012, spec. 113 ss.; R. VILLATA, *Processo amministrativo, pluralità delle azioni, effettività della tutela*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2021, 369 ss.

GABRIELLA M. RACCA

principio del *once only*. Tali evoluzioni permetteranno di instaurare rapporti di fiducia digitale basati sulla reciproca collaborazione e buona fede nel perseguimento del risultato della buona contrattazione digitale.

Abstract

The article analyses the digital transformation of public procurement, the evolution of organizational models, the qualification and specialization of public demand as required by new EU industrial policies. It also highlights the possibility to directly acquire qualification and exclusion grounds of economic operators, according to the once-only principle. Thus evolving digital trust, based on mutual cooperation and good faith principles in order to achieve digital capacity to run good contracts.