



CONSIGLIO DI STATO



UNIVERSITÀ
DI TORINO

CONTRATTI PUBBLICI E INNOVAZIONI NEL NUOVO CODICE

TRASFORMAZIONI SOSTANZIALI E PROCESSUALI

A CURA DI

ROBERTO CAVALLO PERIN MARCO LIPARI GABRIELLA M. RACCA



 JOVENE

**CONTRATTI PUBBLICI E INNOVAZIONI
NEL NUOVO CODICE**
TRASFORMAZIONI SOSTANZIALI E PROCESSUALI

**CONTRATTI PUBBLICI E INNOVAZIONI
NEL NUOVO CODICE**

TRASFORMAZIONI SOSTANZIALI E PROCESSUALI

A CURA DI

ROBERTO CAVALLO PERIN MARCO LIPARI GABRIELLA M. RACCA

 JOVENE

Il presente Volume è stato pubblicato con il contributo del Dipartimento di Management dell'Università degli Studi di Torino e con la preziosa collaborazione di Silvia Ponzio, Mara Demichelis, Francesco Gorgerino, Gloria Sdanganelli.

DIRITTI D'AUTORE RISERVATI

© Copyright 2024

ISBN 978-88-243-2852-4

JOVENE EDITORE

Via Mezzocannone 109 - 80134 NAPOLI - ITALIA
Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87
web site: www.jovene.it e-mail: info@jovene.it

Printed in Italy Stampato in Italia

A Franco Frattini

Il nuovo codice dei contratti pubblici rappresenta il frutto di un vasto impegno collettivo, unanimemente apprezzato.

Ma fattore determinante, che ne spiega il successo, è senza dubbio costituito dalla forza con cui l'indimenticabile Presidente Franco Frattini ne ha sostenuto la necessità e ne ha delineato la realizzazione.

Componenti della Commissione speciale e Autori dei contributi raccolti in questo volume che hanno avuto la fortuna di lavorare a fianco di un magistrato, di un "servitore dello Stato", hanno potuto apprezzare gli innumerevoli suggerimenti, spunti, approfondimenti e sollecitazioni critiche, effettuati sempre con garbo e simpatia, a conferma di una straordinaria preparazione culturale, unita ad un senso delle Istituzioni e del "bene comune", responsabile e costruttivo.

Nella multiforme ed instancabile esperienza professionale – interrotta prematuramente – i contratti pubblici sono stati oggetto di un costante interesse di Franco Frattini.

Come giovanissimo consigliere di Stato (già raffinato cultore di diritto civile all'Università di Roma) è stato l'estensore di pregevoli decisioni, diventate "storiche", volte a identificare i profili pubblicistici (e la correlata giurisdizione amministrativa) delle procedure di affidamento dei contratti pubblici svolte da soggetti formalmente privati, quali i concessionari di opere.

In qualità di Ministro della funzione pubblica, poi degli Affari Esteri e come Commissario presso l'Unione europea, le sue doti di giurista gli hanno permesso di fornire ricostruzioni e apporti significativi per un "moderno diritto degli appalti pubblici" di dimensione sovranazionale, favorendo le occasioni di dialogo con gli ordinamenti statali.

Nella veste di presidente della sezione per gli atti normativi ha guidato i "grandi pareri" del Consiglio di Stato riguardanti il testo del precedente codice (n. 50 del 2016 e il decreto correttivo 2017), dimostrando quelle capacità di indirizzo e coordinamento che, con precisione ed efficacia, consentirono in un breve arco temporale al Collegio di pervenire alla redazione di atti difficili e complessi, contraddistinti dalla compresenza di utili notazioni critiche e proposte efficaci di miglioramento dell'articolato.

Il Presidente Frattini aveva così maturato l'idea d'integrare la cultura istituzionale di Palazzo Spada con professionalità provenienti dall'Accademia e dall'Avvocatura, utili a consentire una radicale rivisitazione della disciplina dei contratti pubblici, che portasse ad un nuovo testo legislativo organico e completo. Questa convinzione si era rafforzata negli anni successivi, quando Franco Frattini, diventato presidente della Terza Sezione Giurisdizionale, aveva affrontato il contenzioso in materia dei contratti pubblici, con specifico riferimento al delicatissimo settore sanitario; nella sua veste di Direttore dell'Ufficio Studi della giustizia Amministrativa, l'interesse si era inoltre manifestato in importanti iniziative di formazione.

Cooperazione con l'Accademia che – raggiunta la Presidenza del Consiglio di Stato – ha portato ad organizzare sin da subito un primo convegno sul testo che sarebbe divenuto la legge di delegazione (2022) che è stata posta a fondamento del vigente codice sui contratti pubblici.

Alla luce di questo intenso percorso, il Presidente Franco Frattini ha così saputo offrire al Parlamento e al Governo la piena disponibilità – sua personale e dell'intero Consiglio di Stato – a realizzare l'impresa della definitiva ri-codificazione della disciplina della contrattualistica pubblica.

In un clima così promettente, Frattini aveva sempre sottolineato i capisaldi irrinunciabili del suo metodo di lavoro, incentrato sul coinvolgimento, sulla valorizzazione dei collaboratori, sulla dialettica, sull'apertura alle novità positive, sulla concretezza degli obiettivi e dei risultati, anche come apprezzato Presidente di ACA-Europe.

Nell'itinerario sfociato nel codice vigente (n. 36/2023), attraverso la legge di delegazione (n. 78/2022), il Presidente Frattini ha fornito il pieno appoggio a tutte le iniziative di studio e di confronto, finalizzate alla ottimizzazione della disciplina, condotte – si è detto – attraverso la convergenza tra l'Accademia e la magistratura amministrativa.

Ecco che allora i Curatori, con tutti gli Autori, hanno voluto dedicare gli atti del Convegno 2023 contenuti nel presente volume al Presidente Franco Frattini, per l'intelligente opera di confronto istituzionale, aperto e sicuro della forza delle istituzioni che – nel dialogo – sappiano capire ciò che è necessario alla propria evoluzione, convinti che parte significativa di quest'opera sia il portato dei tanti risultati realizzati dal Presidente Franco Frattini.

INDICE

<i>Prefazione</i>	p. XI
-------------------------	-------

LUGI MARUOTTI

INTRODUZIONE

1. Il Codice dei contratti pubblici in attuazione della delega e i vincoli europei: il divieto di <i>gold-plating</i>	» 1
2. La qualificazione delle stazioni appaltanti e degli operatori economici, l'inversione procedimentale (principio " <i>winner only</i> ") e l'invio unico del dato (principio " <i>once-only</i> ")	» 3
3. Le innovazioni digitali e l'effettività della tutela	» 5

GABRIELLA M. RACCA

TRASFORMAZIONI E INNOVAZIONI DIGITALI NELLA RIFORMA DEI CONTRATTI PUBBLICI

1. Trasformazioni digitali e nuova politica industriale nella contrattazione pubblica	» 7
2. Il necessario superamento del Documento Unico di gara Europeo e degli oneri di autocertificazione	» 12
3. La qualificazione delle stazioni appaltanti nella prospettiva della cooperazione amministrativa transfrontaliera	» 16
4. Il Fascicolo Virtuale dell'Operatore Economico e la reputazione delle imprese	» 20
5. La fiducia digitale come nuovo paradigma del sistema dei contratti pubblici	» 21
6. Le responsabilità delle organizzazioni pubbliche per la violazione della fiducia digitale	» 22

CLAUDIO CONTESSA

I PRINCIPI DEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI:

ALCUNI SPUNTI DI RIFLESSIONE	» 33
------------------------------------	------

ROBERTO CAVALLO PERIN
 PRINCIPI E AUTONOMIA
 NELLA DISCIPLINA DEI CONTRATTI PUBBLICI

1. I principi generali nell'ordinamento giuridico nazionale e il rapporto con la giurisprudenza p. 41
2. I principi espressi dal nuovo Codice dei contratti pubblici » 44
3. Il principio di ragionevolezza a temperamento dell'astrattezza della disciplina sui contratti » 48
4. Il ruolo complementare della scienza giuridica e della giurisprudenza nell'applicazione dei principi » 52

FRANCESCO DECAROLIS
 LA REPUTAZIONE DELL'IMPRESA:
 IL SISTEMA DIGITALE DI MONITORAGGIO
 DELLE PRESTAZIONI DEGLI OPERATORI ECONOMICI
 NEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

1. La problematica da affrontare e la peculiarità del sistema di reputazione come risposta » 57
2. Le esperienze nazionali e non di impiego della reputazione d'impresa ... » 60
 - 2.1. Le esperienze internazionali e la Direttiva europea del 2014 » 60
 - 2.2. Alcune esperienze nazionali: Acea Spa e Cassa Depositi e Prestiti » 63
3. Le differenze tra la normativa del 2023 e quella del 2016 » 67
4. Conclusioni e discussione delle maggiori criticità del sistema » 71

FRANCESCO DE PEPPO
 LE INNOVAZIONI PER LA QUALIFICAZIONE
 DEGLI OPERATORI ECONOMICI.
 L'IMPATTO DELLE *BEST PRACTICES*
 ADOTTATE DALLE STAZIONI APPALTANTI

1. Le trasformazioni legate alla diffusione delle piattaforme telematiche ... » 77
2. L'inversione procedimentale (cenni) » 79
3. Fideiussioni digitali e prodotti *blockchain* » 81
4. Impatti derivanti dalla qualificazione della "domanda" sul mercato dei contratti pubblici » 84

MARCELLO CLARICH
 LE INNOVAZIONI PER LA QUALIFICAZIONE
 DEGLI OPERATORI ECONOMICI » 87

ANNA CORRADO
 LE INNOVAZIONI DIGITALI
 E LA QUALIFICAZIONE DELLE STAZIONI APPALTANTI » 93

ROSA MEO
 ESPERIENZE E PROSPETTIVE
 DI APPLICAZIONE DELL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE
 AI CONTRATTI PUBBLICI

- | | |
|--|-------|
| 1. Interoperabilità tra sorgenti informative | p. 99 |
| 2. Problematiche di qualità dei dati | » 101 |
| 3. Le tipologie di analisi dati | » 102 |
| 4. Alcuni risultati delle analisi dati più avanzate | » 102 |
| 5. Un caso di studio: analisi degli appalti di forniture e servizi in materia di vigilanza | » 103 |
| 6. Conclusioni | » 105 |

MARCO LIPARI
 EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA GIURISDIZIONALE
 E INNOVAZIONI TECNOLOGICHE
 NEL NUOVO CODICE N. 36/2023

- | | |
|--|-------|
| 1. Le innovazioni tecnologiche nel nuovo codice dei contratti e il rafforzamento della Giustizia amministrativa | » 107 |
| 2. La tecnologia nel processo: il ruolo del PAT | » 112 |
| 3. I contratti a contenuto innovativo e il sindacato del giudice amministrativo | » 114 |
| 4. La maggiore discrezionalità delle stazioni appaltanti, l'accelerazione delle procedure e la digitalizzazione | » 119 |
| 5. L'accelerazione delle procedure e la tutela degli interessi pubblici | » 120 |
| 6. La digitalizzazione e le modalità procedurali innovative delle gare ... | » 122 |
| 7. I possibili rischi del <i>formalismo digitale</i> | » 123 |
| 8. Procedure innovative telematiche e attività materiali della stazione appaltante | » 125 |
| 9. La digitalizzazione e il tema della decorrenza del termine di proposizione del ricorso di primo grado | » 126 |
| 10. La decorrenza del termine e la "messa a disposizione degli atti" | » 128 |
| 11. La soppressione del testuale riferimento alla "conoscenza effettiva" come fatto idoneo a determinare la decorrenza del termine di ricorso ... | » 130 |
| 12. La decorrenza del termine di ricorso in presenza di atti secretati, ai sensi dell'art. 35 del Codice n. 36/2023. L'incompleto coordinamento con l'art. 120 e la previsione dell'art. 36, comma 9 | » 131 |
| 13. Conclusioni: il giudice amministrativo e la sfida aperta dell'innovazione. L'opportunità di limitati interventi correttivi del codice | » 135 |

ARISTIDE POLICE
 LA TERRA, L'ARIA E IL FUOCO.
 SPIGOLATURE SULLE INNOVAZIONI
 PER L'EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA

- | | |
|--|-------|
| 1. Premessa sui fisiologici limiti di ogni riforma legislativa | » 137 |
| 2. L'equilibrio di diversi elementi per il raggiungimento del "risultato" | » 138 |

3. La terra, ovvero della complessità del reale, della inutilità delle misure di semplificazione e della rilevanza della legalità di risultato p. 139
4. L'aria, ovvero della innovatività della tecnica come strumento di semplificazione della realtà » 141
5. Il fuoco, ovvero della energia nella spinta riformatrice e dei suoi incentivi » 144

CARMINE VOLPE

CONCLUSIONI » 145

Bibliografia » 151

Notizie sugli Autori » 171

PREFAZIONE

Il Volume presenta un'analisi critica delle principali innovazioni sostanziali e processuali in materia di contratti pubblici, raccogliendo gli interventi che sono l'esito di ricerche e discussioni condivise in occasione del Convegno del 4 ottobre 2023 "*Contratti pubblici e innovazioni nel nuovo Codice. Trasformazioni sostanziali e processuali*", organizzato dal Consiglio di Stato e dall'Università di Torino, in prosecuzione del precedente Convegno del pari organizzato il 6 aprile 2022 "*Contratti pubblici e innovazioni*" ("*Contratti pubblici e innovazioni. Per l'attuazione della legge delega*", Jovene, Napoli, 2022).

Lo sforzo negli anni è stato quello di mantenere una continua e proficua collaborazione tra riflessione scientifica e Giustizia amministrativa, avviata ormai dal 2014, condividendo ricerche e progetti che sono stati di rilievo sovranazionale (Convegno "*Appalti pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove direttive*", Roma, 14 maggio 2014). Il Convegno dell'aprile 2022 riprendeva infatti le riflessioni d'area occidentale di un gruppo di ricerca tra l'Europa e gli Stati Uniti sulla necessità di una rivisitazione di sistema degli appalti in una prospettiva di domanda sovranazionale come domanda aggregata delle pubbliche amministrazioni di un intero continente o regione del mondo occidentale (G.M. Racca e C.R. Yukins, *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, 2014; Id., *Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders*, 2019, entrambi nella collana diretta dal Prof. Jean Bernard Auby *Droit Administratif/Administrative Law Collection*, Bruylant, Bruxelles, in collaborazione con *Ius Publicum Network Review* e *Public Contracts in legal globalization network*).

L'apertura al confronto con altri ordinamenti giuridici e lo studio delle soluzioni innovative sviluppate sono di grande importanza grazie ad un dialogo che supera i confini culturali, professionali e non solo territoriali, con attenzione e favore per quella ricerca scientifica che per valore costituzionale ha da essere libera in ogni campo, senza esclusione per quei settori che sono strutturalmente al servizio di ogni altro compito

dell'amministrare pubblico, dando attuazione al principio del pari costituzionale di una buona amministrazione.

Analisi critica che ora deve misurarsi con la rivoluzione digitale e la raccolta e l'interconnessione delle banche dati mediante strumenti di Intelligenza Artificiale che sta involgendo anche i contratti pubblici. Essenziale sarà la prosecuzione del confronto fra realtà istituzionali nazionali, europee e sovranazionali in tutte le forme possibili, accademiche e fra le giurisdizioni come ACA-Europe (*Association of the Councils of State and Supreme Administrative Jurisdictions*), che contribuiscono al dialogo orizzontale tra le Corti europee per favorire la comprensione delle soluzioni prospettate nei differenti ordinamenti nei settori di maggiore interesse¹.

Già il Presidente Frattini rilevava nella sua *Introduzione* al Convegno del 2022, “*lo sviluppo di un nuovo diritto amministrativo pronto a cogliere le sfide della digitalizzazione e dell'innovazione richiede simili collaborazioni, che sicuramente questo Istituto intende promuovere anche per il futuro*”².

La riforma del Codice dei contratti pubblici – che ha visto la collaborazione di molteplici interlocutori istituzionali con il Consiglio di Stato – proprio sotto la guida del Presidente Frattini e di numerosi Colleghi ha saputo guidare la necessità di un cambiamento utile a ridefinire il sistema dei contratti pubblici e la trasformazione digitale del settore.

Egli³ accolse e propose significative innovazioni riorientando l'elaborazione della riforma dei contratti pubblici⁴, di cui ora si intende discutere criticamente gli esiti, che lo scorso luglio ha acquisito efficacia⁵, per un'effettiva applicazione nell'interesse pubblico ad una “buona contrattazione”.

Già la delega richiedeva la semplificazione e il riordino della disciplina rispetto a quella dettata nel 2016, per ridurre significativamente il *goldplating* rispetto ai vincoli imposti dalla normativa europea⁶ e proprio

¹ *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.*

² F. FRATTINI, *Introduzione*, in R. CAVALLO PERIN, M. LIPARI, G.M. RACCA, *Contratti pubblici e innovazioni. Per l'attuazione della legge delega*, Jovene, Napoli, 2022, 1.

³ Video disponibile al *link* e atti pubblicati nel Volume: R. CAVALLO PERIN, M. LIPARI, G.M. RACCA (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni per l'attuazione della legge delega*, Jovene, Napoli, 2022.

⁴ L. n. 78/2022, cit.

⁵ Art. 229, d.lgs. n. 36/2023, cit.

⁶ Art. 1, c. 1, l. n. 78/2022, cit.: “*Il Governo è delegato ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi recanti la disciplina dei contratti pubblici, anche al fine di adeguarla al diritto europeo e ai principi espressi dalla giuri-*

su questo aspetto si possono individuare spazi di ulteriore semplificazione e trasformazione digitale⁷, in relazione alle nuove prospettive.

I lavori della Commissione speciale – istituita e presieduta dal Presidente Franco Frattini, già unitamente all’allora Presidente aggiunto Luigi Maruotti e dai vicepresidenti Rosanna De Nictolis e Luigi Carbone, con il ruolo di coordinatore – avviati il 4 luglio 2022 e terminati con la consegna al Governo dello Schema definitivo di Codice il 7 dicembre 2022, si sono caratterizzati da un metodo di lavoro multidisciplinare, alla ricerca dell’effettività delle nuove norme e del concreto perseguimento degli obiettivi di semplificazione, accelerazione, digitalizzazione ed effettività della tutela⁸.

La riforma del Codice, completata in tempi così rapidi, ha costituito la realizzazione di un importante obiettivo del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), anche se, giustamente, per una riforma di successo, la stessa Commissione speciale ha richiamato le istituzioni alla necessità di attuare ulteriori “*condizioni essenziali non legislative*”, quali l’adeguata formazione dei funzionari, la selettiva riqualificazione delle stazioni appaltanti e l’attuazione della digitalizzazione per la piena interoperabilità delle banche dati⁹.

La transizione digitale che prima in Europa ispira la riforma italiana dei contratti pubblici dovrebbe portare a sperimentazioni innovative e interdisciplinari a guida del sistema dell’*e-procurement*, per garantire contestualmente lo sviluppo e l’utilizzo di piattaforme certificate, come auspicato già un anno fa: “*Se, parallelamente, verrà fatto tutto quanto necessario per la realizzazione delle piattaforme informatiche, per la formazione delle stazioni appaltanti, avremo un testo che non resterà sulla carta, ma potrà essere reso immediatamente operativo con modelli o settori sperimentali*”¹⁰.

sprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, interne e sovranazionali, e di razionalizzare, riordinare e semplificare la disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, nonché al fine di evitare l’avvio di procedure di infrazione da parte della Commissione europea e di giungere alla risoluzione delle procedure avviate” e c. 2, lett. a): “I decreti legislativi di cui al comma 1 sono adottati nel [...] perseguimento di obiettivi di stretta aderenza alle direttive europee, mediante l’introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione corrispondenti a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse”.

⁷ Come noto, le norme sulla digitalizzazione contenute nel d.lgs. n. 36/2023 acquisiscono efficacia dal 1° gennaio 2024.

⁸ *Relazione agli articoli e agli allegati, 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”, 7 dicembre 2022, 7 ss.*

⁹ *Ivi*, 10.

¹⁰ F. FRATTINI, *Introduzione*, cit., 7.

Infatti, se dopo l'entrata in vigore della legge delega si è inteso sviluppare la collaborazione interdisciplinare tra la Magistratura amministrativa, l'Università, il Foro e gli esperti tecnici per l'elaborazione di norme comprensibili dal cittadino e dalle imprese e non solo dagli addetti ai lavori, l'obiettivo attuale è dato dall'effettiva applicazione del testo normativo, ricordando che *“la riforma non si concluderà con l'adozione della legge, ma inizierà nel momento in cui la legge entrerà in vigore”*¹¹.

Pertanto, l'obiettivo del 1° gennaio del 2024 per la certificazione delle piattaforme e per l'interoperabilità tra le banche dati deve essere accompagnato da strategie per raggiungere l'effettiva digitalizzazione, evitando di trasporre su carta le inefficienze burocratiche esistenti.

Si è rilevato uno sviluppo disomogeneo dell'ecosistema dei contratti pubblici in Europa, pur rivelando la necessità di sviluppare modalità di condivisione di flussi di dati relativi alle imprese che permettano una effettiva apertura del mercato dei contratti pubblici, per l'elaborazione di nuove politiche industriali europee.

Pur in assenza di una nuova direttiva europea in materia di appalti, i vincoli posti all'ecosistema del *public procurement* si sono infatti evoluti a seguito della crisi sanitaria, ambientale ed energetica, richiamando la necessità di un nuovo coordinamento per ridefinire strategie industriali e geopolitiche, visto il fallimento degli obiettivi di semplificazione delle direttive vigenti¹². La qualificazione delle stazioni appaltanti e la specializzazione delle centrali di acquisto, in rete come *Big Buyers*, risulta essenziale, come una evoluzione della qualificazione digitale degli operatori economici.

Una effettiva fiducia e collaborazione con le imprese, nella promozione dell'accesso al mercato e della semplificazione digitale in attuazione del principio *once-only*, in una prospettiva di transizione digitale *“lasciando pur sempre il controllo finale alla persona”*¹³.

La prospettiva è, dunque, quella dell'elaborazione di una strategia nazionale e sovranazionale dei contratti pubblici, in cui le piattaforme interconnesse e certificate consentano di supportare un sistema efficiente ed efficace di accordi quadro, sistemi dinamici di acquisizione secondo le

¹¹ *Ivi*, 3.

¹² 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.

¹³ *Ivi*, 5.

differenti forme e strategie di gara aggregate, con favore per le PMI, tracciando tutte le fasi del “ciclo di vita digitale del contratto pubblico” e generando quindi dati di qualità, più agevolmente analizzabili con i mezzi più avanzati di intelligenza artificiale.

Un interesse comune allo sviluppo sostenibile richiede un Codice dei contratti pubblici che fondi un rinnovato patto di “fiducia digitale” tra amministrazioni pubbliche e privati, tra stazioni appaltanti e operatori economici, che richieda professionalità e adeguatezza nel processo di trasformazione per un’effettiva semplificazione, nella correttezza reciproca, finalizzata al risultato della tempestiva esecuzione del contratto pubblico.

In tal senso, alla Giustizia amministrativa è richiesta un’attività che garantisca la *“necessaria tutela, avendo una rinnovata e più penetrante conoscenza e tracciabilità dei fatti che permetta di individuare i nuovi sintomi degli “sviamenti digitali”, degli algoritmi discriminatori che i giudici amministrativi sapranno contrastare”*¹⁴.

L’estensione della cognizione del giudice amministrativo anche alle azioni risarcitorie e all’azione di rivalsa proposte dalla stazione appaltante nei confronti dell’operatore economico che, violando i doveri di buona fede e correttezza, abbia concorso a determinare un esito della gara illegittimo¹⁵, pare evidenziare la necessità della concentrazione della tutela ed il ruolo del giudice amministrativo come giudice della buona contrattazione pubblica.

Soprattutto a fronte della rapida evoluzione degli strumenti digitali e di intelligenza artificiale applicati ai contratti pubblici, i principi potranno dunque ricoprire un ruolo di rilievo in una fase di così delicata transizione, come norme di chiusura che legittimano un potere sia amministrativo sia giurisdizionale di disapplicazione di disposizioni generali e astratte che, nel caso concreto, possano risultare irragionevoli o di impossibile applicazione, a fronte delle innovazioni che richiedono una sempre maggiore dinamicità dell’interpretazione giuridica.

¹⁴ *Ivi*, 6; L. MARUOTTI, *Introduzione*, in questo Volume, 9 ss. Ad esempio, l’art. 209, d.lgs. n. 36/2023, cit., modifica l’art. 120 del c.p.a., inserendovi la previsione secondo la quale *“In tutti gli atti di parte e in tutti i provvedimenti del giudice è indicato il codice identificativo di gara (CIG); nel caso di mancata indicazione il giudice procede in ogni caso e anche d’ufficio, su segnalazione della segreteria, ai sensi dell’articolo 86, comma 1”*.

¹⁵ Art. 124, c. 1, ultimo periodo c.p.a., come sostituito dall’art. 209, c. 1, lett. d), d.lgs. n. 36/2023, cit.: *“Il giudice conosce anche delle azioni risarcitorie e di quelle di rivalsa proposte dalla stazione appaltante nei confronti dell’operatore economico che, con un comportamento illecito, ha concorso a determinare un esito della gara illegittimo”*.

In tale senso, il principio del risultato e di legalità possono accompagnare l'opera interpretativa della giurisprudenza nel continuo confronto con la dottrina, per l'elaborazione delle "idee di riserva", che consentano di rispondere in modo adeguato ed efficace alle situazioni di crisi future.

Lo sviluppo di prospettive di innovazione digitale e semplificazione del settore dei contratti pubblici, cogliendo l'occasione della recente riforma, può davvero realizzare un'amministrazione pubblica digitale, al servizio dei cittadini.

Torino-Roma, 10 gennaio 2024

I Curatori

Roberto CAVALLO PERIN, Marco LIPARI, Gabriella M. RACCA

LUIGI MARUOTTI
INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1. Il Codice dei contratti pubblici in attuazione della delega e i vincoli europei: il divieto di *gold-plating*. – 2. La qualificazione delle stazioni appaltanti e degli operatori economici, l’inversione procedimentale (principio “*winner only*”) e l’invio unico del dato (principio “*once-only*”). – 3. Le innovazioni digitali e l’effettività della tutela.

1. *Il Codice dei contratti pubblici in attuazione della delega e i vincoli europei: il divieto di gold-plating*

È a tutti noto che la redazione del Codice è la conseguenza di una legge delega¹ che ha consentito al Governo di emanare un decreto legislativo² il cui testo è stato elaborato da una Commissione speciale istituita presso il Consiglio di Stato³.

Naturalmente ci sarebbe molto da dire sulla possibilità per il Consiglio di Stato di contribuire alla elaborazione del quadro normativo: in altri ordinamenti, come la Francia, questo organo ha la competenza istituzionale di redigere ordinanze con valore normativo. In Italia, l’art. 17 della legge 400 del 1988 prevede l’emanazione dei regolamenti governativi “*previo parere del Consiglio di Stato*” e il Testo unico n. 1054 del 1924 prevede che il Consiglio di Stato possa elaborare disegni di legge⁴.

Questa norma ha prodotto il Codice dei contratti pubblici del 2023, secondo una prassi già seguita per la redazione del Testo unico sugli espropri⁵.

¹ L. 21 giugno 2022 n. 78, *Delega al Governo in materia di contratti pubblici*.

² 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*.

³ La Commissione speciale ha lavorato in tempi rapidissimi, impiegando ogni momento disponibile, compresa la pausa estiva, per la redazione della prima bozza e quindi del testo finale del Codice, consegnato al Governo il 7 dicembre 2022.

⁴ Art. 14, n. 2°, del r.d. 26 giugno 1924 n. 1054, *Approvazione del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato*.

⁵ D.p.r. 8 giugno 2001 n. 327, *Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità*.

La Commissione speciale mista, composta anche da giudici dei TT.AA.RR., professori universitari e avvocati, ha consentito di elaborare un testo innovativo sotto vari profili. Naturalmente la giurisprudenza futura ci dirà se queste innovazioni sono inquadrabili in categorie giuridiche esistenti oppure ci sarà bisogno di elaborarne di nuove.

Immaginate, ad esempio, che in base al Codice alcuni degli allegati che hanno ora valore di legge potranno essere oggetto di una sostanziale delegificazione. Da atti normativi di rango primario, quindi, sulla base di un atto secondario “degraderanno” a regolamento, e ciò avverrà sulla base di un procedimento ben diverso da quello previsto dall’art. 17 della legge 400 del 1988⁶.

Auspico che le amministrazioni competenti ad emanare queste ulteriori fonti normative vogliano acquisire il previo parere del Consiglio di Stato, applicando analogicamente la disciplina ordinaria prevista per i regolamenti di delegificazione⁷.

Questo Codice ha tenuto conto naturalmente della giurisprudenza e dell’evoluzione della dottrina⁸, oltre ad alcune scelte politiche. Ha voluto semplificare il quadro normativo sulla base anche del divieto di *gold plating*⁹ di derivazione comunitaria.

L’incontro proposto dalla Professoressa Racca rappresenta un’occasione particolarmente importante e tempestiva e si inserisce nella tradizionale cooperazione di questo Istituto con l’Accademia, che un anno fa

⁶ Questo meccanismo di delegificazione è ripetuto per 37 volte nel Codice. Ad es., con riferimento all’allegato sulle competenze del RUP: “*In sede di prima applicazione del codice, l’allegato I.2 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell’articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice*” (art. 15, comma 5 del d.lgs. n. 36/2023, cit.).

⁷ Il menzionato art. 17, l. 23 agosto 1988 n. 400, *Disciplina dell’attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri*.

⁸ Art. 1, c. 1, l. n. 78/2022, cit.: “*Il Governo è delegato ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi recanti la disciplina dei contratti pubblici, anche al fine di adeguarla al diritto europeo e ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, interne e sovranazionali, e di razionalizzare, riordinare e semplificare la disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, nonché al fine di evitare l’avvio di procedure di infrazione da parte della Commissione europea e di giungere alla risoluzione delle procedure avviate*”.

⁹ Art. 1, c. 2, lett. a), l. n. 78/2022, cit.: “*I decreti legislativi di cui al comma 1 sono adottati nel [...] perseguimento di obiettivi di stretta aderenza alle direttive europee, mediante l’introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione corrispondenti a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse*”.

partiva dagli esiti delle ricerche svolte in ambito nazionale e internazionale sui contratti pubblici¹⁰.

2. *La qualificazione delle stazioni appaltanti e degli operatori economici, l'inversione procedimentale (principio "winner only") e l'invio unico del dato (principio "once-only")*

Il tema della qualificazione delle stazioni appaltanti è di centrale importanza nel processo di riforma dei contratti pubblici. L'aggregazione non significa prevedere gare di grande valore economico, bensì richiede l'elaborazione di strategie competitive, articolate in lotti di valore adeguato al mercato di riferimento.

La prospettiva digitale, proposta nei recenti documenti europei¹¹, è stata accolta dal nuovo Codice, ma l'obiettivo più significativo è la già richiamata interconnessione tra le banche dati per svolgere più rapidamente ed efficacemente la fase di qualificazione degli operatori economici.

La realizzazione di piattaforme che acquisiscono le informazioni dalle banche dati delle pubbliche amministrazioni può, infatti, consentire la verifica, in tempo reale, dei requisiti degli operatori economici in attuazione del principio "*once-only*"¹², richiedendo la qualificazione *una tantum* delle imprese che non dovranno di volta in volta nelle singole gare produrre i documenti al fine di dimostrare la loro legittimazione alla partecipazione.

¹⁰ Con il Volume della collana *Droit Administratif/Administrative Law Collection* (diretta dal Prof. Jean Bernard Auby), curato da G.M. RACCA e C.R. YUKINS, *Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders* Bruxelles, Bruylant, 2019, cui seguirà la prossima pubblicazione di un volume sulla digitalizzazione dei contratti pubblici in prospettiva transnazionale.

¹¹ Il documento della Commissione europea, *Interoperability in end-to-end eProcurement*, Bruxelles, 2020, riporta a p. 6 i principi del *Digital by default, Interoperability by default, Once only principle, Cross-border by default, Technological neutrality and data portability, Re-usability, User centricity, Inclusiveness and accessibility, Openness and transparency, Trustworthiness and security*.

¹² L'art. 19, c. 2, d.lgs. n. 36/2023, cit., pone il principio *once-only* fra i primi "principi e diritti digitali": "*In attuazione del principio dell'unicità dell'invio, ciascun dato è fornito una sola volta a un solo sistema informativo, non può essere richiesto da altri sistemi o banche dati, ma è reso disponibile dal sistema informativo ricevente. Tale principio si applica ai dati relativi a programmazione di lavori, opere, servizi e forniture, nonché a tutte le procedure di affidamento e di realizzazione di contratti pubblici soggette al presente codice e a quelle da esso escluse, in tutto o in parte, ogni qualvolta siano imposti obblighi di comunicazione a una banca dati o a un sistema informativo*".

Nell'attesa dell'attuazione dell'interoperabilità, in via transitoria, finché non sarà pienamente operativo il fascicolo virtuale, svolge un ruolo centrale la regola del “*winner only*”, che limita i controlli documentali al solo vincitore della gara, insieme al riuso delle valutazioni già attuate in precedenti affidamenti. Una larga parte del contenzioso potrebbe così essere evitato, con una effettiva semplificazione¹³, evitando un dispendio inutile di attività amministrativa.

Questa riforma potrà avere successo solo se seguiranno regole e prassi adeguate in materia di digitalizzazione e di fascicolo virtuale dell'operatore economico, perché indubbiamente potranno aversi gare, sia pure formali, il più possibile digitali e dunque rapide sulla base di procedure sperimentate.

Questo implica anche un nuovo quadro sull'impatto dell'intelligenza artificiale.

La condivisione e l'analisi dei dati con metodologie avanzate rivestono un ruolo cruciale per rendere più semplice e trasparente il procedimento di verifica dei requisiti di qualificazione delle imprese che intendono ricevere affidamenti di contratti pubblici.

Superando l'obbligo di presentare certificati, la Direttiva 2014/24/UE aveva introdotto in via generale l'utilizzo del Documento di gara unico europeo (DGUE), consistente in un'autodichiarazione sostitutiva delle certificazioni. Lo strumento autocertificativo oggi non rappresenta più una reale semplificazione, visto che non elimina l'onere di trasmissione (dichiarazione e verifica) di dati che sono comunque già detenuti, a vario titolo, da altre pubbliche amministrazioni certificanti. Per questo, accanto al DGUE elettronico riutilizzabile in una procedura diversa da quella per la quale è stato formato, la stessa Direttiva ha posto le basi per la piena attuazione del principio dell'invio unico del dato (*once-only*), prevedendo la possibilità per le stazioni appaltanti di ottenere i certificati e le informazioni pertinenti accedendo direttamente a una banca dati nazionale o ad un fascicolo d'impresa virtuale¹⁴.

¹³ Art. 1, c. 2, lett. s), l. n. 78/2022, cit.: “*revisione e semplificazione del sistema di qualificazione generale degli operatori, valorizzando criteri di verifica formale e sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche e professionali, dell'adeguatezza dell'attrezzatura tecnica e dell'organico, delle attività effettivamente eseguite e del rispetto della legalità, delle disposizioni relative alla prevenzione antimafia, alla tutela del lavoro e alla prevenzione e al contrasto della discriminazione di genere, anche attraverso l'utilizzo di banche dati a livello centrale che riducano le incertezze in sede di qualificazione degli operatori nelle singole procedure di gare*”.

¹⁴ Art. 59, par. 5, Direttiva 2014/24/UE: “*In deroga al paragrafo 4 [che prevede la possibilità di richiesta dei documenti a comprova dei requisiti all'impresa aggiudicataria – win-*

L'obiettivo da realizzare mira a rendere il fascicolo virtuale un autentico sistema digitale di verifica della qualificazione degli operatori economici e non un semplice raccoglitore di certificazioni, superando l'onere dichiarativo e di verifica per gli operatori economici e le stazioni appaltanti ed il connesso, ancora vasto, contenzioso.

3. *Le innovazioni digitali e l'effettività della tutela*

A mio avviso l'intelligenza artificiale può essere utilizzata quando si tratta di scelte vincolate, cioè di quelle scelte che si basano su presupposti facilmente accertabili e che conducono appunto di solito ad atti vincolati.

Personalmente non sostituirei mai la discrezionalità con algoritmi o altro, a meno che non ci siano esseri umani che possano far proprie le valutazioni algoritmiche sulla base di una motivazione, sia pure sintetica.

Si parla anche dell'introduzione di queste forme di intelligenza artificiale per le sentenze.

In generale non è possibile sostituire la valutazione del giudice amministrativo sulla decisione se ci sia o meno eccesso di potere in una scelta dell'amministrazione. Si tratta di una sensibilità che solo il magistrato esperto potrà esercitare, similmente per quanto riguarda le scelte della pubblica amministrazione sulla qualità dei progetti.

Sicuramente potranno essere semplificate le procedure, cioè l'intelligenza artificiale potrà fornire molti più elementi conoscitivi mediante le banche dati.

A mio avviso non potrà mai perdersi quella che un collega giovane Consigliere di Stato ha definito l'*umanità* della scelta, come elemento indefettibile della scelta medesima¹⁵.

* * *

ner only principle], agli operatori economici non è richiesto di presentare documenti complementari o altre prove documentali [*once only principle*] 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".

¹⁵ G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagine sui limiti dell'automazione decisionale tra procedimento e processo*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2023.

Vi ringrazio molto per questa partecipazione che testimonia la prosecuzione della collaborazione tra l'Accademia, la Giustizia Amministrativa e il Foro e sono certo che giungerete a conclusioni che ci saranno molto utili nel percorso del nostro lavoro nei TT.AA.RR. e nel Consiglio di Stato. Probabilmente molte regole avranno bisogno di ulteriori specificazioni da parte della giurisprudenza: già si prospettano alcune ordinanze di rimessione all'Adunanza plenaria. Le aspettiamo con impazienza.

GABRIELLA M. RACCA

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.

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.

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,

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*.

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

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 Commissione Europea *Tender Electronic Daily* (TED) di raccolta dati che dovrà raccordarsi sempre meglio con le piattaforme nazionali⁷.

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

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, *Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders*, in *Droit Administratif/Administrative Law Collection* (Directed by J.B. Auby), 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.

⁷ Si veda il sito web: <https://ted.europa.eu/TED/>. Dal 29 gennaio 2024 si prevede l'avvio di 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.

differenti forme del *joint procurement*⁸, sia delle strutture contrattuali: piattaforme elettroniche interoperabili, con modellazione digitale delle prestazioni, tracciabilità e nuovi accordi collaborativi⁹, da sviluppare in forma nativa digitale. Anche le forme della pubblicità per assicurare trasparenza ed integrità richiedono significative trasformazioni e nuovi *e-forms* nativi digitali¹⁰, 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.

⁸ G.M. RACCA, *Principles of joint cross-border public contracts and transnational effects*, in S. DE LA ROSA, P. VALCARCEL FERNANDEZ (eds.), *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. BOWSHER, “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 Formulari standard per raccogliere e pubblicare i dati interoperabili come previsto nel 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 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'am-

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 tratteranno 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 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 con-

ministrazione 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 online 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 *Dir. amm.*, 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* (Directed by J.B. Auby), Bruxelles, Bruylant, in corso di pubblicazione. Si veda 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”.

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 tecno-

sumo 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 di chi sia complice della deforestazione¹⁹). Non si può comprare “ingiustizia sociale” da chi viola gli obiettivi di inclusione²⁰. Si esclude dal mercato degli appalti europei chi riceve sovvenzioni e aiuti stranieri, che potrebbero falsare la concorrenza, in chiave di protezione

logie 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 *Dir. amm.*, 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. Si veda il report: *CircPro project, Preliminary market consultations as a way to involve businesses in circular public procurement*, 2022, disponibile a: [file_1665751738.pdf](https://www.interregeurope.eu/file_1665751738.pdf) (interregeurope.eu).

¹⁸ G.D. COMPORTI, *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 veda in tal senso l'art. 24 della Direttiva (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.

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 “scaricabile” 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 rela-

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. SUNDRAND, *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 richiesti (es. in Germania e Francia). Si veda: A. LELI, “*Le sperimentazioni digitali dei soggetti aggregatori*”, 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 ri-

zione 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 flussi di dati e non di raccolta di documenti in formato analogico (ad esempio, in *pdf*), ancora pensati e sviluppati come nella prassi cartacea, affinché non si cada nel paradosso di dover impiegare sofisticati algoritmi di intelligenza artificiale per analizzare dettagliatamente, ad esempio, un certificato pdf nella futura banca dati del casellario giudiziale del Ministero della Giustizia, dove spesso non sono presenti informazioni ri-

produce più l'inciso presente nel previgente 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. Si veda: 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.

levanti. Si tratta di una situazione paradossale, considerando che sarebbe molto più semplice ricevere un *alert* in caso di criticità (dalle banche dati esistenti) o, altrimenti, un semplice segnale positivo (*green pass* dell'impresa).

Anche il DGUE 4.0, consistente in un'autocertificazione on line estesa per oltre 40 pagine, richiede una verifica che, finora, ha spesso necessitato di un minimo di otto ore di lavoro di un funzionario, per ciascuna impresa partecipante²⁹. 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 viene richiesto 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.

Si dovrebbe quindi superare l'attuale sistema di autocertificazioni, visto che la stessa direttiva richiama la digitalizzazione dei sistemi di ve-

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, *Price Waterhouse Coopers Enterprise Advisory*, in cui si è affermato che il riuso del DGUE può avvenire solo previa conferma da parte dell'offerente circa la correttezza delle informazioni inserite nel documento. Cfr. S. VAN GARSSE, 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 relative aux marchés publics*. Negli Stati Uniti le esclusioni (*debarment*) vengono registrate nel portale <https://sam.gov/content/home>.

rifica 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 alla Banca 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 Connect* con lo sportello digitale unico europeo (*Single Digital Gateway*)³⁵, al

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, cit.: *“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 Giovanni 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.

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.

progetto di realizzazione di un *Once Only Technical 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.

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. La giurisprudenza in materia, per il momento, rimane limitata. È degno di nota, recentemente, il caso

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 cento⁴⁰.

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 sperimentazioni⁴¹.

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 tracciabile⁴², con un'evol-

CGUE, causa C-480/22, del 23 novembre 2023, *EVN Business Service GmbH, Elektra EOOD, Penon EOOD*, che riguarda una domanda pregiudiziale sul diritto applicabile agli appalti congiunti transfrontalieri al fine di garantire il diritto a un ricorso efficace (nel caso specifico, si trattava di un accordo quadro aggiudicato tramite una centrale di committenza situata in Austria a favore di un ente aggiudicatario della Bulgaria).

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. Cfr. G. SDANGANELLI, *Centralising procurement in the EU: the case of the new Health Emergency Preparedness and Response Authority (HERA)*, in C. RISVIG HAMER, M. SOCHA, K.M. HALONEN (eds.), *Public procurement. Centralisation and new trends*, Djøf Publishing, Copenhagen, in corso di pubblicazione.

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 procedi-*

luzione dai Mercati elettronici di Consip e regionali, 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.

menti”. 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 veda 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.

⁴³ G.M. RACCA, *La digitalizzazione necessaria dei contratti pubblici: per un'Amazon pubblica*, cit., 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 veda 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 veda 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 ci-

Dal *Cloud Marketplace* di AgID⁴⁷ si ricavano i principali servizi e le piattaforme di *e-procurement* presenti sul mercato con le relative schede 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 regionali, 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 contenuto⁴⁹, ovvero le piattaforme disponibili sul mercato, 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 dovrebbero permettere di gestire l'intero procedimento di affidamento 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 ANAC⁵⁰.

clo 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>.

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

⁴⁹ 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.TE.L.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).

⁵⁰ Art. 25, comma 1 del d.lgs. n. 36 del 2023.

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 riverseranno 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 viceversa⁵¹.

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.

⁵¹ 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 veda 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; 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. 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, 439-462, Giappichelli, Torino, 2023, spec. 460; ID., *La digitalizzazione dei contratti pubblici*, in R. CAVALLO PERIN, D.U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, 2020, spec. 327; R. CAVALLO PERIN, G.M. RACCA, *Corruption as a violation of fundamental rights: reputation risk as a deterrent against the lack of loyalty*, in G.M. RACCA, C.R. YUKINS (eds.), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, in *Droit Administratif / Administrative Law Collection* (Directed by J.B. Auby), Bruxelles, Bruylant, 2014, 23 ss.

Così, indici di rischiosità dell'operatore economico nella logica del *management risk*⁵² 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, dal momento che 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.

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 e professionisti permette di superare le criticità del rico-

⁵² OECD, *Managing risks in the public procurement of goods, services and infrastructure*, 2023.

noscimento dei ruoli e dei compensi rispettivamente dovuti, in rapporto alle PMI ed alle prestazioni professionali richieste, superando anche i rischi connessi all'appalto integrato⁵³.

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 interessi⁵⁴. Una intelligenza umana, con strumenti di istruttoria digitale, come attività conoscitiva digitale, potrà assicurare questa evoluzione.

La fiducia digitale richiede la 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 dimostrata⁵⁵.

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 sulla collaborazione e buona fede reciproca consente di sanzionare con la condanna al risarci-

⁵³ Reintrodotto dall'art. 44, d.lgs. n. 36 del 2023, cit. Si veda 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 (Roma 7 dicembre 2022), spec. 66 ss. sul superamento del divieto posto dall'abrogato art. 59, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016.

⁵⁴ 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 veda sul punto la Relazione illustrativa al Codice dei contratti pubblici. Si veda 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.

⁵⁵ Art. 24, d.lgs. n. 36/2023, 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,

mento del danno precontrattuale l'operatore economico che abbia concorso all'esito della gara illegittimo⁵⁶, ma anche che non accetti le nuove "regole del gioco digitale"⁵⁷.

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 debole⁵⁸ – 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 con-

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.

⁵⁶ 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".

⁵⁷ Art. 5, comma 4 del d.lgs. n. 36/2023, 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*.

⁵⁸ A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. amm.*, n. 1/1998, 1-25. Si veda F.G. SCOCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 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 *Dir. amm.*, 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*, Cacci Editore, Bari, 2018.

traente, ma anche in capo agli operatori economici, in virtù della speciale posizione rivestita nella procedura ad evidenza pubblica⁵⁹.

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 sono richiesti oltre alla fedeltà, anche la disciplina e l'onore (art. 54 Cost.)⁶⁰.

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 extracontrattuale⁶¹. Si tratta, come sostenuto da tempo, di una responsabilità non da provvedimento, ma da comportamento (mai da comportamento mero) 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, sovrapporsi⁶².

Si evidenzia la necessità di un corretto rapporto di fiducia in cui sia attribuito al giudice amministrativo il ruolo di garante delle responsabi-

⁵⁹ Cfr. A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2018, 121 ss.; G. ORSONI, E. D'ORLANDO, *Nuove prospettive dell'amministrazione digitale: Open Data e algoritmi*, in *Ist. federalismo*, n. 3/2019, 593-617.

⁶⁰ 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.

⁶¹ 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, 9 giugno 2022, Presentazione del volume: A. ROMANO (a cura di), *Manuale di Diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2022. Cfr. già in ID., *Risarcibilità e interesse legittimo*, cit. 13 ss.

⁶² A. ROMANO TASSONE, *La responsabilità della P.A. tra provvedimento e comportamento (a proposito di un libro recente)*, in *Dir. amm.*, n. 2/2004, 209 ss.; G. GRECO, *Accordi e contratti della pubblica amministrazione tra suggestioni interpretative e necessità di sistema*, in *Dir. amm.*, n. 3/2002, 413 ss.

lità, configurando così una giurisdizione esclusiva per i contratti pubblici, per garantire il perseguimento del risultato della “buona contrattazione digitale”⁶³. 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 esclusiva⁶⁴. 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*”⁶⁵, induce a ritenere che le questioni giuridiche correlate all’obbligo di correttezza sono anzitutto connesse all’esercizio della funzione pubblica e in quanto tali vanno considerate⁶⁶. Si tratta di affermare, anche verso la pubblica

⁶³ Principio enunciato dall’art. 1, comma 1, d.lgs. n. 104/2010, *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 veda 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, p. 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.

⁶⁴ Sul punto: G.M. RACCA, *La responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, in *Dir. amm.*, 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 *Dizionario di diritto pubblico* (diretto da S. Cassese), 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*, cit.

⁶⁵ 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)*.

⁶⁶ Art. 7, comma 1, d.lgs. n. 104 del 2010, cit.

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 tracciabilità⁶⁷.

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 collaborative⁶⁸.

Attività che includono ogni comportamento che risulti connesso all’esercizio della funzione appalti anche solo in via mediata⁶⁹. Può trattarsi

⁶⁷ 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 veda: W. RHODRI QC, *New rules on digital forms*, in *Public Procurement Law Review*, n. 3/2020, 81 ss.

⁶⁸ 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., sent. 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. 7503 (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, sent. 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 n. 19 gennaio 2023, n. 1567 (danno patito dal privato per la condotta scorretta dell’Amministrazione comunale nel procedere con un progetto poi annullato).

⁶⁹ Corte cost., 15 luglio 2022, n. 178 (Pres. Amato; Red. De Pretis), 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 Cassazione, assunta a “diritto vivente” devolverebbe alla giurisdizione esclusiva del g.a. il danno da comportamenti meramente materiali della p.a. nella gestione del ciclo dei rifiuti. Viene

anche solo dell'omessa adozione di atti organizzativi del servizio pubblico, come di recente precisato dalla Corte costituzionale⁷⁰, che ha escluso la giurisdizione amministrativa solamente sui comportamenti meramente materiali in nessun modo riconducibili a poteri pubblici (insidie e trabocchetti, omissione di custodia)⁷¹.

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. 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 colpa⁷².

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.

⁷⁰ Corte cost., n. 178 del 2022, cit., che permette di superare la precedente attribuzione, operata dalla Corte di Cassazione (*ex multis*: Cass. civ., S.U., 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.

⁷¹ Come è noto, l'"insidia" o "trabocchetto", è stata configurata dalla prevalente giurisprudenza (*ex multis*: Cass. civ., sent. 25 giugno 1997, n. 5670; Cass. civ., sent. 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, sent. 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" causata da una caduta d'acqua su pubblica via.

⁷² 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 giudice amministrativo in equilibrio tra diritto interno e diritto europeo*, in *Resp. civ. prev.*, n. 5/2012,

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’aggiudicazione⁷³.

Tuttavia, di recente, sembra possibile riconsiderare le concezioni strutturali della responsabilità della pubblica amministrazione⁷⁴ verso

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, Sent. 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*”. Si veda, più di recente: CGUE, causa C-547/22, *Ingsteel spol. s.r.o. c. Úrad pre verejné obstarávanie* che riguarda una domanda pregiudiziale concernente il risarcimento dei danni derivanti dalla perdita dell’opportunità di aggiudicarsi un appalto. Nelle conclusioni dell’Avvocato Generale del 7 dicembre 2023, si evidenzia che il risarcimento del danno nei contratti pubblici non costituisce un concetto autonomo e uniforme del diritto dell’Unione, ma è piuttosto una nozione definita a livello nazionale, rientrando quindi “*nell’autonomia procedurale degli Stati membri*” (par. 37).

⁷³ 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.

⁷⁴ Cfr.: R. ALESSI, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1955, 143 ss.; E. CASETTA, *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*

una responsabilità “per rischio”, in correlazione ad un’azione amministrativa digitale⁷⁵. 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 giurisdizionali⁷⁶.

Evoluzione che richiede un approccio di tipo precauzionale che includa metodologie di *risk regulation*⁷⁷, privilegiando la definizione di

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 *Dir. amm.*, n. 3/2022, 705 ss.

⁷⁵ 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.

⁷⁶ 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. /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 veda: 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 ss.

⁷⁷ 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,

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 assicurative in grado di allocare il rischio, secondo proporzionalità e adeguatezza⁷⁸.

Le trasformazioni digitali richiedono una ridefinizione del modello organizzativo e della gestione dei rischi “di posizione” e dell’“apparato” che ridefiniscano il ruolo 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*⁷⁹. Prospettiva che, come richiamato, trova conferma nelle recenti iniziative europee sul digitale⁸⁰ e sulle attività svolte e monitorate mediante piattaforme⁸¹, che permettono di migliorare le prestazioni e ridurre gli errori e gli scostamenti dagli *standard* predefiniti, con il limite individuato dal necessario rispetto del principio di legalità⁸².

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.

⁷⁸ PARLAMENTO UE, Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica, (2015/2103(INL)), 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, si veda: P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffrè, Milano, 1961.

⁷⁹ 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.

⁸⁰ 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*.

⁸¹ 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.

⁸² 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 costi-*

La responsabilità del funzionario pubblico (con una evoluzione della definizione dell'errore digitale scusabile) e il danno correlato alla deviazione dagli *standard* potrebbe restare un danno o del produttore delle tecnologie impiegate, nel caso di scostamento dai parametri normativi⁸³, ovvero dell'ente, assicurato congruamente, secondo gli indici statistici o predittivi desunti dall'intelligenza artificiale⁸⁴.

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 digitale⁸⁵.

tuzionali della amministrazione algoritmica, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, B. 4/2019, 1149 ss.; G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Predeterminazione, analisi predittiva e nuove forme di intellegibilità*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019.

⁸³ 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 Editore, Rimini, 2005.

⁸⁴ 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 *Dir. amm.*, n. 2/2020, 305-328.

⁸⁵ 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*, 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.

CLAUDIO CONTESSA

I PRINCIPI DEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI:
ALCUNI SPUNTI DI RIFLESSIONE

Desidero innanzitutto ringraziare gli organizzatori di questo importante incontro sul tema delle *innovazioni nel nuovo Codice dei contratti pubblici fra trasformazioni sostanziali e processuali* e, in particolare, la professoressa Gabriella Racca e il professor Roberto Cavallo Perin, illuminati ispiratori e infaticabili organizzatori dell'evento.

Mi sia consentito, prima di svolgere le mie riflessioni, di unirmi a mia volta in modo grato e commosso al ricordo del caro Presidente Franco Frattini, che in modo convinto aveva avviato con l'Università degli studi di Torino un fecondo dialogo tradottosi nell'organizzazione di importanti incontri periodici di riflessione sulle innovazioni in atto nell'ambito della contrattualistica pubblica.

L'incontro di oggi si colloca in un momento particolarmente favorevole per un'indagine approfondita sui profili di innovazione nel nuovo Codice dei contratti pubblici: esso si svolge infatti a circa sei mesi dall'entrata in vigore del 'Codice 36' (e questo ha consentito sino ad ora una riflessione piuttosto approfondita su molti dei suoi principali aspetti di novità) e a circa tre mesi dalla data di acquisto di efficacia (e questo ha consentito di valutarne con maggiore cognizione di causa le prime ricadute applicative).

L'incontro si colloca, infine, a circa due mesi dal termine del periodo di sospensione di efficacia delle disposizioni del Libro I - Parte II sulla digitalizzazione nella gestione del ciclo di vita dei contratti (il che pone per le stazioni appaltanti e gli altri operatori di questo cruciale settore dell'economia pubblica rilevanti tematiche di ordine pratico, organizzativo e gestionale).

Mi è stato chiesto di incentrare le mie riflessioni sulla disciplina dei principi generali nel nuovo 'Codice' (Libro I - Parte I - artt. 1-18)¹: si

¹ Nei mesi immediatamente successivi alla pubblicazione del nuovo Codice dei con-

tratta di una scelta a mio modo di vedere felice ma peculiare, perché è in effetti peculiare che un incontro di studi – quale quello odierno – focalizzato sugli aspetti *innovativi* del nuovo ‘Codice’ venga aperto da un intervento su un tema quanto mai *tradizionale* (quale quello sul ruolo dei principi generali nella regolazione di una determinata materia).

Ma questa scelta risulta *solo apparentemente* contro-intuitiva e, anzi, dimostra la lungimiranza di prospettiva e di analisi degli organizzatori dell’incontro.

Tale scelta si giustifica appieno in quanto se è vero che le riflessioni sugli appalti pubblici hanno – in qualche misura – monopolizzato il dibattito pubblicistico dell’ultimo anno circa, è anche vero che le riflessioni sui principi generali hanno, a loro volta, assunto un ruolo inusitatamente centrale nel dibattito relativo alla stessa materia dei contratti pubblici. Del resto, a mia memoria, raramente era accaduto che il dibattito sui principi assumesse un ruolo tanto centrale in occasione dell’entrata in vigore di una grande riforma di settore.

Certamente possiamo dire che nulla di analogo era accaduto in occasione dell’entrata in vigore del Codice del 2006 e di quello del 2016 (i quali, pure, recavano alcune disposizioni dedicate alla disciplina dei principi generali, ma senza l’ampiezza di prospettive e di dibattito che ha caratterizzato l’intervento di codificazione del 2023).

Tanto premesso in via generale, nel tempo a mia disposizione vorrei soffermarmi in particolare su tre ordini di questioni (che possono essere compendiate in altrettanti brevi quesiti).

In primo luogo, mi domanderò *quante sono e quali sono* le funzioni che possono essere riconosciute alle disposizioni di principio nell’ambito di un testo normativo di ampio respiro e quante di queste siano in effetti rinvenibili nell’ambito dei primi diciotto articoli del nuovo Codice.

In secondo luogo, mi domanderò *quali siano i vantaggi – e quali i rischi* – connessi alla scelta di attribuire alla disciplina di principio un’ac-

tratti pubblici l’elaborazione dottrinale sul tema dei principi generali è stata particolarmente vivace. Senza alcuna pretesa di esaustività ci si limita qui a richiamare: M. RAMAJOLI, *I principi generali*, in C. CONTESSA, P. DEL VECCHIO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici - annotato articolo per articolo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, 45 ss.; M. SPASIANO, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, *ivi*, 49 ss. Sia inoltre consentito richiamare il mio contributo dal titolo *Principi del risultato e della fiducia e sindacato sulla discrezionalità degli enti aggiudicatori*, in corso di pubblicazione nell’ambito degli atti del Convegno di Modanella del 16 e 17 giugno 2023 sul tema del sindacato sulla discrezionalità e ambito del giudizio di cognizione.

centuata centralità (come innegabilmente fa il nuovo Codice dei contratti pubblici).

In terzo luogo (e restando sul tema della disciplina dei principi nel nuovo Codice) mi domanderò se si possa affermare che quelli contenuti nei primi diciotto articoli del ‘Decreto 36’ siano davvero tutti innovativi o se si debba piuttosto ritenere che si tratti della sintesi (o – per così dire – della ‘messa a sistema’ di segmenti concettuali e disciplinari che erano già rinvenibili nell’Ordinamento, sia pure in modo non sistematico).

È quindi possibile partire dalla prima delle questioni cui ho appena fatto cenno e domandarsi idealmente *quante e quali siano le funzioni che possono essere riconosciute alle norme di principio* nell’ambito di un testo normativo (e quante di esse siano concretamente rinvenibili nella parte iniziale del nuovo ‘Codice’).

Il tema è quanto mai complesso e non si presta agevolmente a forme di semplificazione ma io ritengo – sintetizzando al massimo i termini della questione – che la disciplina di principio possa assolvere in particolare a *quattro distinte funzioni*.

La prima di tali funzioni è quella di orientare *ex ante* le scelte dello stesso Legislatore, con *funzione* – per così dire – *nomogenetica* (il che pone delicate questioni circa l’effettiva compatibilità con il sistema costituzionale della scelta di riconoscere a talune fonti primarie un valore rinforzato – stante l’assenza, nell’Ordinamento nazionale, della figura della ‘Legge Organica’ –).

La seconda delle funzioni che possono essere demandate a una disposizione di principio è quella di orientare *ex ante* le scelte discrezionali dell’amministrazione (fissando criteri e priorità nella valutazione e nella graduazione dei diversi interessi coinvolti).

È noto al riguardo che, sin dalle elaborazioni di Massimo Severo Giannini, il *proprium* della scelta discrezionale amministrativa sia stato individuato nella ponderazione comparativa di uno o più interessi secondari in relazione ad un interesse primario². Può quindi in qualche modo affermarsi che, attraverso la fissazione di principi orientativi della discrezionalità amministrativa, il Legislatore effettui un’opera preventiva ed esplicita di selezione, individuazione e qualificazione dei principali interessi che governano la disciplina di una determinata materia, ricono-

² Gli interessi secondari da ponderare possono essere pubblici, collettivi e privati, laddove l’interesse primario è sempre un interesse pubblico (sul punto: M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Giuffrè, Milano, 1993, 49).

scendo agli stessi un'immanente priorità nell'ambito delle scelte ponderative demandate all'amministrazione.

La terza delle funzioni che possono essere assolte dalla disciplina di principio è quella di individuare, nell'ambito del panorama normativo (e con valenza soltanto ricognitiva) alcuni obiettivi e finalità ai quali viene riconosciuto il carattere della prevalenza.

Un esempio in tal senso è rappresentato dalla scelta del 'Codice 36' di collocare le disposizioni in tema di RUP (Responsabile Unico del Progetto)³ nell'ambito della prima parte del 'Codice' (pur trattandosi di una disciplina di carattere applicativo e dalle numerose ricadute pratiche). Dall'esame di tali disposizioni emerge che le stesse non operino l'enunciazione e la selezione fra diversi principi generali, ma che dettino piuttosto una serie di prescrizioni puntuali – anche di carattere organizzativo – delle quali evidentemente il Legislatore intende sottolineare la particolare rilevanza nell'ambito dell'Ordinamento di settore piuttosto che l'idoneità ad orientare scelte discrezionali di carattere ponderativo fra interessi differenziati.

In tali ipotesi, quindi, la disciplina di principio sembra avere la funzione di fissare taluni precetti immediatamente operativi (ma dei quali si intende sottolineare la particolare rilevanza nell'ambito dell'ordinamento).

La quarta delle funzioni che possono essere demandate alla fissazione di norme di principio è quella di orientare *ex ante* l'attività dell'interprete fra le diverse opzioni ermeneutiche possibili a fronte di una determinata disposizione. In questo caso ai principi non viene assegnata una funzione 'ordinante e nomofilattica' (per mutuare la terminologia utilizzata nella relazione illustrativa al nuovo Codice dal Consiglio di Stato), bensì una funzione orientativa delle operazioni ermeneutiche demandate all'interprete. L'esempio più evidente ed emblematico è rinvenibile proprio nell'articolo 4 del nuovo 'Codice' (collocato, non a caso, nel Titolo dedicato ai principi generali), secondo cui «*le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1 [risultato], 2 [fiducia] e 3 [accesso al mercato]*».

Ma se ci si domanda quali fra le funzioni appena richiamate siano state in concreto trasfuse nell'ambito dei primi diciotto articoli del nuovo 'Codice dei contratti pubblici', occorre riconoscere che l'impostazione seguita sia stata piuttosto eterogenea (ma in modo consapevole) e che si

³ Si tratta dell'art. 15 del nuovo Codice.

sia evitato di seguire un'impostazione – per così dire – mono-dimensionale in relazione alla disciplina sui principi.

Ciò che emerge con chiarezza dell'esame dei primi articoli del 'Codice 36' è lo sforzo dei suoi compilatori di delineare una disciplina sui principi destinata a non restare confinata in una dimensione meramente deontologica e di indirizzo (muovendosi quindi sul piano – alto ma astratto – dei valori) ma che assuma una valenza pienamente giuridica – e che riconosca, pertanto, a tali principi il canone della *justiciability* – (muovendosi quindi sul piano concreto delle regole)⁴.

È ora possibile passare ad affrontare il secondo dei temi cui dinanzi ho fatto riferimento e domandarsi quali siano i vantaggi (e quali i rischi) connessi alla scelta di attribuire alla disciplina di principio un'accentuata centralità (come innegabilmente fa il nuovo Codice dei contratti).

Va in primo luogo osservato al riguardo che i vantaggi connessi a tale scelta di fondo sussistono e sono innegabili.

Del resto, il riconoscimento di una nuova centralità alla disciplina di principio risulta coerente con l'idea stessa di codificazione.

Come ebbe ad affermare l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 13 del 2013⁵, «*l'aspetto rilevante di un codice (...) è la sua aspirazione ad essere un "sistema"; il sistema consente di spostare l'attenzione anche su principi, che rendono possibile la comprensione delle singole parti connettendole al tutto e che, finalmente, rendono intellegibile il disegno armonico, organico ed unitario sotteso rispetto alla frammentarietà delle parti*».

Inoltre, la scelta di individuare alcuni principi di carattere precettivo (*i.e.*: dotati di immediata valenza applicativa) presenta il duplice vantaggio di conferire giustiziabilità (e quindi, concretezza) ai valori in questione e di conferire consistenza effettiva alla Parte del Codice dedicata ai principi generali (ossia, a una parte dei testi normativi che – occorre ammetterlo – si traduce talvolta nella tralatizia enunciazione di formule desunte dalla Costituzione, dal Trattato di Roma o dalla legge generale sul procedimento, ingenerando spesso dubbi circa l'effettivo valore aggiunto che a tali elencazioni può essere riconosciuto ai fini normativi).

⁴ Sul punto sia consentito rinviare a C. CONTESSA, *Commento agli articoli 1 e 2*, in C. CONTESSA, P. DEL VECCHIO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici - annotato articolo per articolo*, cit., 135 ss.

⁵ In *Giur. it.*, 2013, 11, 2369 (con nota di R. CARANTA), nonché in *Urb. e appalti*, n. 8-9/2013 (con nota di F. NICODEMO).

Ma vi sono anche alcuni possibili rischi e criticità connessi alla scelta di dettare una disciplina di principio così ampia ed eterogenea quale quella recata dal nuovo ‘Codice dei contratti pubblici’.

Alcuni fra i primi osservatori hanno evidenziato al riguardo il rischio di ingenerare una commistione (se non una vera e propria confusione) fra il piano dei valori e quello delle regole applicative.

Altri hanno affermato che la scelta di fissare per legge i principi interpretativi e applicativi che governano un determinato settore dell’ordinamento costituirebbe un vero e proprio *atto di autorità* e sortirebbe l’effetto di sottrarre tale compito al lavoro della giurisprudenza e al dibattito fra i giuristi.

Altri osservatori, ancora, hanno paventato che il ricorso a vere e proprie forme di *abuso dei principi* potrebbe portare a riconoscere un eccessivo potere interpretativo ai Giudici (il che si risolverebbe in un più basso livello di certezza del diritto e di prevedibilità delle soluzioni giudiziali).

Altri, infine, si sono domandati per quale ragione taluni principi generali (come quello del *risultato* e della *fiducia*) dovrebbero essere enunciati *soltanto in un settore dell’Ordinamento* (quello degli appalti pubblici) e non in altri. Si è infatti osservato che i principi in parola presentano un’innegabile valenza extrasettoriale – e sono astrattamente idonei a governare l’intera attività amministrativa –, ragione per cui ci si è domandati per quale ragione (e con quali implicazioni) il Legislatore del 2023 ne abbia limitato l’enunciazione soltanto a un settore dell’Ordinamento (per quanto importante, come quello dei contratti pubblici).

Sono evidenti le notevoli implicazioni sistematiche di ciascuno dei temi appena richiamati e i relativi profili problematici, che non possono essere adeguatamente esaminati nel limitato *spatium* a disposizione e che, conseguentemente, potranno qui essere soltanto enunciati.

È ora possibile passare ad esaminare la terza delle questioni cui dinanzi ho fatto cenno (se, cioè, i principi enunciati nei primi due Titoli del nuovo Codice siano davvero innovativi, ovvero se gli stessi rappresentino, a ben vedere, la sintesi – o la ‘messa a sistema’ – di segmenti disciplinari e concettuali che erano già presenti nell’Ordinamento, quanto meno, *in nuce*).

Ancora una volta la questione è densa di implicazioni sistematiche, ragione per cui sarà qui possibile esaminarla solo nei suoi aspetti più generali.

Certamente dall’esame dei primi articoli del ‘Codice’ emerge che presentino un carattere genuinamente innovativo l’approccio stesso ser-

bato dal legislatore al tema dei principi, il valore relativo che alla disciplina sui principi viene riconosciuto nell'economia complessiva del testo di riforma, l'evidente sforzo di assicurare ai principi un'immediata valenza operativa, nonché l'enucleazione di alcuni principi che in precedenza non avevano trovato un'autonoma definizione nell'ambito dell'Ordinamento (e, al riguardo, il pensiero corre immediatamente ai ben noti principi del risultato e della fiducia).

Ma se ci si spinge oltre (fino ad esaminare in concreto la nuova enunciazione normativa di alcune fra le figure di maggiore interesse) occorre riconoscere che il Legislatore del 2023 ha, in alcuni casi, operato una sorta di sintesi definitoria di un complesso di elementi disciplinari che erano già presenti nella normativa di settore e/o che erano già stati enucleati e riconosciuti dalla giurisprudenza.

Si può ad esempio affermare che numerosi dei corollari concettuali e applicativi del principio della fiducia (nonché dello stesso principio del risultato) fossero stati già enucleati e trasfusi in alcuni istituti già ben noti alla contrattualistica pubblica (ed espressivi, nel loro complesso, di un immanente principio definibile come di *fiducia temperata*).

È sufficiente richiamare al riguardo:

– l'istituto del soccorso istruttorio (al quale è appunto sottesa una sorta di preventiva apertura di credito nei confronti del dichiarante circa il possesso dei requisiti di ordine oggettivo);

– le cc.dd. 'illegittimità non invalidanti' di cui all'articolo 21-*octies* della legge n. 241 del 1990 (alle quali è evidentemente sottesa la medesima logica di carattere sostanzialistico che ispira il principio del risultato);

– la c.d. 'inversione procedimentale' (la quale, allo stesso modo, persegue obiettivi di matrice sostanzialistica, conformemente alle previsioni dell'articolo 2 del 'Codice');

– la valorizzazione, in ambito codicistico, degli istituti dell'autocertificazione (che ispirano, ad esempio, la figura del Documento di Gara Unico Europeo - DGUE, con la logica di *fiducia temperata* che lo stesso presuppone).

Il fatto che il nuovo Codice riprenda in molti casi (e conduca ad ulteriori conseguenze) figure già note all'Ordinamento per un verso sgombra il campo da ogni dubbio circa possibili profili di eccesso di delega che – in caso contrario – potrebbero viziare lo stesso ordito codicistico (non va dimenticato, infatti, che la legge delega n. 78 del 2022 non richiamava in alcun modo i principi della fiducia e del risultato); per altro verso attenua la pregnanza delle critiche di chi ha rilevato che il Legislatore delegato del 2023 avrebbe in qualche misura introdotto nuovi

principi di carattere super-primario, in tal modo ponendo dubbi di tenuta costituzionale dell'intera parte che il nuovo 'Codice' dedica ai principi generali.

A questo punto della disamina è possibile completare l'esame del tema assegnato e, approssimandosi alla conclusione, ritornare – secondo una logica vichiana – al punto da cui avevano preso le mosse queste brevi riflessioni. In particolare (riprendendo le suggestioni contenute nel titolo del convegno odierno) è possibile domandarsi se la nuova disciplina codicistica sui principi avrà davvero un ruolo rilevante per assicurare un adeguato tasso di innovazione nel cruciale settore della contrattualistica pubblica.

Sotto questo aspetto occorre partire dalla consapevolezza che – nonostante le migliori intenzioni del Legislatore – le innovazioni non si fanno *per decreto* (o, almeno, non si fanno *solo* per decreto) e che le vere e durature innovazioni del sistema si basano necessariamente su vasti e condivisi movimenti culturali e di opinione.

E anche per questa ragione sono personalmente convinto che occasioni di confronto e di dibattito – quale quella odierna – possano avere un ruolo determinante per concepire e far procedere sulle gambe delle donne e degli uomini le innovazioni e le riforme di cui il nostro Paese ha indubbiamente bisogno.

ROBERTO CAVALLO PERIN

PRINCIPI E AUTONOMIA
NELLA DISCIPLINA DEI CONTRATTI PUBBLICI

SOMMARIO: 1. I principi generali nell'ordinamento giuridico nazionale e il rapporto con la giurisprudenza. – 2. I principi espressi dal nuovo Codice dei contratti pubblici. – 3. Il principio di ragionevolezza a temperamento dell'astrattezza della disciplina sui contratti. – 4. Il ruolo complementare della scienza giuridica e della giurisprudenza nell'applicazione dei principi.

1. *I principi generali nell'ordinamento giuridico nazionale e il rapporto con la giurisprudenza*

La comparsa dei principi dell'ordinamento giuridico ha sollevato ogni qualvolta accese discussioni che hanno dovuto sciogliere difficili questioni di sistema, talora epocali, con questioni teoriche che non sempre hanno avuto un riscontro pratico in giurisprudenza, la quale ha manifestato piuttosto una ritrosia verso i principi come norme da affiancare a quelle di dettaglio¹. Certo già a fine Ottocento non sono mancate sentenze che hanno utilizzato i principi per decidere il caso concreto² e più di re-

¹ A. MASSERA, *I principi generali*, in *Dir. amm.*, n. 3/2017, 427 ss.; F. DE LEONARDIS, *I principi generali dell'azione amministrativa* in A. ROMANO, *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 59 ss.; G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, *I principi dell'azione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2010, spec. 51 s.; R. CAVALLO PERIN, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno e ordinamento europeo*, in *Dir. amm.*, n. 1/2000, 41 ss. e in *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, Jovene, 2001, 961-1007; ID., *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Giuffrè, Milano, 1990, 17 e 91 ss.; C. PINELLI, *Principi, regole, istituti*, in *Diritto Pubblico*, n. 1/2015, 35 ss.; G. ALPA, *I principi generali, una lettura giusrealistica*, in *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, nuova serie, 2014, num. Spec. *I principi nell'esperienza giuridica*, Atti del Convegno presso la Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza, Roma 14 e 15 novembre 2014, 77 e ss. M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, 3 ss.; G.P. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2010, 103 ss. E. GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo*, in *Revista de administración pública*, 1963, 189-224.

² R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, cit., 27 ss.

cente è crescente vedere i principi come strumento di un “bilanciamento” di posizioni soggettive del pari tutelate dalla legge o dalla Costituzione³.

Una ritrosia si è avuta in Italia sia per le prospettazioni teoriche che hanno individuato i principi non scritti come strumento giuridico che nei primi anni del XX secolo si è ritenuto idoneo a definire l'autosufficienza del nuovo ordinamento (art. 12, preleggi cod. civ.) – con chiusura di ogni aporia verso le precedenti culture giuridiche (diritto tradizionale, diritto naturale, ecc.) – sia verso quei principi che sono stati *scritti* dal legislatore per infondere nuovi indirizzi ad un ordinamento preesistente, che si vuole perciò rinnovato (1940; 1948, ecc.)⁴.

Una spiegazione può essere ritracciata nella circostanza che in entrambi i casi la giurisprudenza ha – per così dire – subito i principi come strumento di soggezione della giurisdizione al diritto positivo: nel primo episodio storico perché si nega la possibilità di ricorrere al diritto naturale; nel secondo perché si vuole repentinamente imporre all'ordinamento giuridico un tratto innovativo e ideologicamente orientato. Non sempre la giurisdizione si è comportata così in altri Stati e in periodi analoghi.

Di favore è invece stato l'atteggiamento della giurisprudenza che abbia dovuto affrontare i tempi di crisi della legge, quando una scelta del legislatore manchi e sia necessaria (*non liquet*) un'interpretazione che – pel tramite dei principi – dia soluzione con un *bilanciamento* a quei conflitti tra posizioni soggettive del pari tutelate, che non trovino una soluzione generale e astratta nella disciplina dettata dal legislatore, sicché alla medesima debba provvedervi la giurisdizione pel tramite del ricorso ai principi con una decisione idonea a risolvere quel caso concreto⁵.

Decisione che – è noto – nel nostro ordinamento non è *stare decisis*, perché la stessa si afferma sempreché o fintantoché il legislatore non intervenga – anche retroattivamente – dando soluzione interpretativa al conflitto, discostandosi dalla sentenza precedente in tutto o in parte, o al contrario assumendo la medesima come soluzione generale e astratta⁶.

³ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino, 1992; R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992.

⁴ R. CAVALLO PERIN, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno e ordinamento europeo*, cit., 966; G. BERTI, *Principi del diritto e sussidiarietà*, in *Quad. fiorentini*, I, 31, 2002, 382 ss.

⁵ R. ALEXY, *Concetto e validità del diritto* (1992-2020), Carocci, Roma, 2022, 87 e s., spec. 90.

⁶ E. FOLLIERI, *L'introduzione del principio dello stare decisis nell'ordinamento italiano, con particolare riferimento alle sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 4/2012, 1237 ss.

Il bilanciamento è dunque offerto nel nostro ordinamento dall'opera creatrice della giurisprudenza come interpretazione (pel tramite dei principi) che vale solo per *quel* caso concreto, perché fonte del diritto per altri casi resta il legislatore in via generale e astratta, ma anche la soluzione di quel caso resta *sub legislationis*, ove intervenga con norma interpretativa il legislatore.

In questo contesto assume rilievo il posizionamento nella gerarchia delle fonti, ancor prima il riparto di competenza tra le medesime, da cui s'intende derivare il principio (regionale, statale, europeo, di altri Stati, ecc.) che la pluralità degli ordinamenti giuridici consente di richiamare per quel caso concreto⁷, aumentando non poco gli spazi di creatività della giurisdizione, ove sia stata lasciata sola – per così dire – ad affrontare le controversie¹²⁸. Gerarchia o competenza sono principi che segnano gli ambiti delle autonomie pubbliche e private, di enti pubblici o privati⁹.

L'idea prevalente è che anche agli enti pubblici spetti l'autonomia privata¹⁰ (art. 1322, cod. civ.) seppure da tempo assoggettata ad una disciplina particolare (legge di contabilità di Stato; poi Ue) che nel nostro ordinamento è stata a vario titolo imposta come funzionalizzazione anche per le trattative dell'amministrazione pubblica di scelta del contraente e del contenuto del contratto¹¹. Si tratta di una funzionalizzazione che nel tempo ha visto crescere norme generali e astratte prima nazionali, poi locali, infine dell'Unione europea, di definizione di standard di procedura che hanno progressivamente ridotto l'area di autonomia lasciata alla pubblica amministrazione per ciascuna gara¹².

⁷ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1917 (ma 1918), rist. in A. ROMANO (a cura di), *L'ultimo Santi Romano*, Giuffrè, Milano, 2016; A. ROMANO, "L'ordinamento giuridico" di Santi Romano, *il diritto dei privati e il diritto dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, n. 2/2011, 241 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Ordinamenti giuridici paralleli e necessità come fonte del diritto*, in R. CAVALLO PERIN, G. COLOMBINI, F. MERUSI, A. ROMANO, *Attualità e necessità del pensiero di Santi Romano Pisa 14-15 giugno 2018*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, 45.

⁸ G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi e regole*, in *Quad. fiorentini*, II, 31, 2002, 865 ss., spec. 890. L. DE LUCIA, *Il diritto amministrativo e la società democratica europea*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3/2023, 955 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Pandemia 2020: decreti e ordinanze d'emergenza*, in *Giustizia Insieme*, 2020 e Id., *2020 Pandemic: Emergency decrees and ordinances*, in *Ius Publicum Network Review*, 2/2019; A. PAJNO, *Amministrazione e ricostruzione dopo il coronavirus*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2020.

⁹ B. SORDI, *Un garantismo di segno nuovo: diritto e legge nel crepuscolo dell'assolutismo giuridico*, in *Quad. fiorentini*, II, 52, 2023, 929 ss.

¹⁰ Cfr. A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, 463 ss.

¹¹ G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Jovene, Napoli, 2000, 98 ss.

¹² R. CAVALLO PERIN, G.M. RACCA, voce *Cooperazione amministrativa europea*, in *Dige-*

In diritto privato la standardizzazione dei contratti si è affermata attraverso una articolata tipicità del contenuto dei contratti posta dal codice civile e da leggi speciali, con la nota distinzione tra norme imperative (inderogabili) e norme dispositive (efficaci ove non sia stato diversamente disposto dalle parti): le prime come limite invalicabile all'autonomia privata, le seconde come disciplina standard di ciascun tipo che è sempre derogabile da quest'ultima. Si tratta dei due capisaldi della standardizzazione che ha accompagnato l'autonomia contrattuale di diritto privato, una standardizzazione per tipi (contratti tipici) che invece parrebbe mancata per i contratti della pubblica amministrazione.

La tipicità del diritto privato non solo non ha trovato specificazione per tali tipi di contratti ma non ha neppure riguardato le trattative che ne precedono la stipulazione. La legislazione nazionale o europea riguarda infatti – oltre le norme generali – essenzialmente tre grandi modalità di trattativa (lavori, servizi e forniture), fondando una definizione a larghissimo spettro – forse adeguata per alcune trattative, eccessiva per altre – con norme solitamente considerate inderogabili, salvo eccezioni (es. casi di trattativa privata; potere di ordinanza di necessità e urgenza; art. 21 *octies*, co. 2°, l. n. 241 del 1990, ecc.)¹³.

2. *I principi espressi dal nuovo Codice dei contratti pubblici*

Per i contratti pubblici italiani alcuni principi scritti (artt. 1-3, d.lgs. n. 36 del 2023) sono stati espressamente disciplinati in funzione delle successive norme di dettaglio, per favorire un'applicazione dell'amministrazione e un'interpretazione del giudice delle norme di dettaglio in ragione dei principi proposti dal legislatore medesimo (art. 4).

La scrittura italiana dei principi – se non può escludere che altri principi pari ordinati o che al nostro ordinamento s'impongono, per scelta costituzionale o di altri ordinamenti, siano enucleati in via interpretativa dai giudici, o enunciati da altri corpi normativi pari ordinati al co-

sto delle discipline pubblicistiche, Torino, Utet, 2017, 191-208; R. CAVALLO PERIN, *La validità dell'atto amministrativo tra legge, principi e pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, n. 4/2017, 641-642. M. PIGNATTI, *The Principles of Public Contracts in Italy*, in S. DE LA ROSA, P. VALCARCEL FERNANDEZ (a cura di), *Les principes des contrats publics en Europe / Principles of public contracts in Europe*, Bruylant, Bruxelles, 2022, 299-324.

¹³ Cfr. M. COZZIO, N. PARISI, *L'emergenza sanitaria causata dal COVID-19: l'impatto (attuale e futuro) sul sistema nazionale dei contratti pubblici*, in *Il diritto dell'economia*, 1/2021, 37 ss.

dice dei contratti pubblici¹⁴ (Cad) – occorre riconoscere che l’ipotesi più probabile è che dei principi scritti dal legislatore italiano possa essere offerto un sostegno interpretativo in norme costituzionali o dell’Ue, che porti a una interpretazione di preferenza conforme a tali testi, con obliterazione di quelle contrastanti, assegnando all’amministrazione pubblica un potere rispettivamente d’applicazione adeguatrice o di disapplicazione delle norme di dettaglio¹⁵.

Più in generale la migliore definizione dei principi scritti o non scritti consente di liberare le amministrazioni pubbliche da quelle interpretazioni delle norme di dettaglio che con tali principi si ritengano in contrasto, secondo i normali canoni interpretativi del rapporto tra tali norme, in cui quelle di principio sono ritenute più resistenti rispetto agli effetti delle norme di dettaglio (con uno schema rovescio rispetto al rapporto tra norma generale e speciale in cui a cedere è la prima)¹⁶.

I principi scritti sono l’indicazione del legislatore di favore per applicazioni che possano consentire all’amministrazione di liberarsi dagli eccessi dell’astrazione delle sue norme di dettaglio, cioè tra l’applicazione della norma di dettaglio e l’applicazione della norma di principio il legislatore ha scelto di imporre all’amministrazione di preferire nel conflitto la seconda, del pari per il giudice che nell’interpretazione della norma di dettaglio e nell’interpretazione di una norma di principio deve preferire la seconda, sicché nel conflitto tra dettaglio e principio – amministrazioni e giudici – non possono non dare o convalidare interpretazioni di favore per quest’ultimi¹⁷.

¹⁴ Come il Codice dell’amministrazione digitale di cui al d.lgs. 7 marzo 2005 n. 82, recante “principi e diritti digitali” in parte richiamati dallo stesso nuovo Codice dei contratti pubblici: artt. 19 ss.

¹⁵ Prospetta una futura incidenza sulla “funzione nomofilattica” dei principi ispiratori del nuovo Codice: G. MONTEDORO, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *giustizia amministrativa.it*, giugno 2023. Cfr. *Relazione del Consiglio di Stato al Codice dei Contratti pubblici*, 7 dicembre, 2022, p. 11: “I principi generali di un settore esprimono, infatti, valori e criteri di valutazione immanenti all’ordine giuridico, che hanno una “memoria del tutto” che le singole e specifiche disposizioni non possono avere, pur essendo ad esso riconducibili. I principi sono, inoltre, caratterizzati da una prevalenza di contenuto deontologico in confronto con le singole norme, anche ricostruite nel loro sistema, con la conseguenza che essi, quali criteri di valutazione che costituiscono il fondamento giuridico della disciplina considerata, hanno anche una funzione genetica (“nomogenetica”) rispetto alle singole norme”. Si veda anche: A. MASSERA, «*Giustizia nell’amministrazione*» e «*ingiustizie amministrative*» tra passato e presente, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2020, 33 ss.

¹⁶ G. TARELLO, *L’interpretazione della legge*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1980.

¹⁷ G. MONTEDORO, *Il diritto pubblico tra ordine e caos i pubblici poteri nell’età della responsabilità*, Cacucci, Bari, 2018, 112 ss.

L'art. 4 del nuovo codice dei contratti si afferma perciò come canone interpretativo voluto dal legislatore che in via speciale per i contratti pubblici integra con nuova norma la disciplina generale sull'interpretazione della legge (art. 12, disp. prel. al cod. civ.).

I tre principi cui il codice assegna il ruolo di norma sull'interpretazione delle disposizioni generali e astratte sono – come è noto – il principio del risultato (art. 1)¹⁸ e della fiducia (art. 2)¹⁹, cui si aggiunge quello sull'accesso al mercato (art. 3)²⁰²¹.

¹⁸ Art. 1, d.lgs. 36/2023, cit., Principio del risultato. “1. Le amministrazioni perseguono il risultato dell'affido e dell'esecuzione del contratto con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza. 2. La concorrenza tra operatori economici è funzionale al miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti. La trasparenza è funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del presente decreto, di seguito denominato «codice» e ne assicura la piena verificabilità. 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. Esso è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea. 4. Il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto, nonché per: a) valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti; b) attribuire gli incentivi secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva”.

¹⁹ Art. 2, d.lgs. 36/2023, cit., Principio della fiducia. “1. L'attribuzione e l'esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici si fonda sul principio della reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici. 2. Il principio della fiducia favorisce e valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato. 3. Nell'ambito delle attività svolte nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti, ai fini della responsabilità amministrativa costituisce colpa grave la violazione di norme di diritto e degli auto-vincoli amministrativi, nonché la palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza e l'omissione delle cautele, verifiche ed informazioni preventive normalmente richieste nell'attività amministrativa, in quanto esigibili nei confronti dell'agente pubblico in base alle specifiche competenze e in relazione al caso concreto. Non costituisce colpa grave la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti. 4. Per promuovere la fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano azioni per la copertura assicurativa dei rischi per il personale, nonché per riqualificare le stazioni appaltanti e per rafforzare e dare valore alle capacità professionali dei dipendenti, compresi i piani di formazione di cui all'articolo 15, comma 7”.

²⁰ Art. 3, d.lgs. 36/2023, cit., Principio dell'accesso al mercato. “1. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono, secondo le modalità indicate dal codice, l'accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità”.

²¹ Sottolineano l'importanza della gerarchia fra i principi del nuovo Codice: L.R. PERFETTI, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urb. e app.*, 2023, 5 ss.; F. SAITTA, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *www.giustiziasieme.it*, 8 giugno 2023, il quale tuttavia dubita della loro innovatività.

Si precisa esattamente che il principio del risultato costituisce non solo “criterio prioritario per l’esercizio del potere discrezionale”, ma anche “per l’individuazione della regola del caso concreto” (art. 1, co. 4°), sicché nel conflitto applicativo la preferenza è data al conseguimento del principio del risultato ogni qualvolta l’applicazione della norma di dettaglio – per la sua formulazione astratta – osti in quel caso concreto ad una tempestiva stipulazione (tempo del contratto) o al conseguimento del migliore rapporto qualità prezzo (contenuto del contratto), consentendo di realizzare la trasparenza dei contratti, cioè la massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle norme del codice (art. 1, co. 2°)²².

L’effetto di sistema è di una sostanziale attenuazione del brocardo *dura lex, sed lex*, cioè di un’astrattezza che cede ai principi ogniqualvolta la stessa raggiunga nel caso concreto risultati inintelligenti. L’affermazione è rilevante ma occorre precisarne la portata. Non si tratta di un’antinomia tra cultura del risultato e cultura della legalità²³, che invece è espressamente enunciata, con la trasparenza e la concorrenza, nella stessa norma come limite modale alla ricerca della massima tempestività e del migliore rapporto qualità prezzo (art. 4). Non si tratta neppure di norme che – rettammente intese – possano legittimare una giurisprudenza di messa in discussione “del valore della certezza del diritto” (così la Relazione al Codice), abbandonando quel settore dell’attività economica che è in rapporto con la pubblica amministrazione (trattative per la stipulazione ed esecuzione dei contratti pubblici) alla mercé dell’interpretazione giurisdizionale, che con l’enunciazione dei principi non troverebbe più limite nella legalità e nella soggezione del giudice alla legge (art. 101, Cost.).

Si tratta piuttosto di una norma di chiusura che legittima un potere dell’amministrazione e un potere del giudice rispettivamente di sottrarsi

²² S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, in *Diritto e società*, n. 3/2022, 551 ss. Cfr. M. RAMAJOLI, *I principi generali*, in C. CONTESSA, P. DEL VECCHIO, *Codice dei Contratti pubblici, annotato articolo per articolo*, Napoli, Ed. Scientifica, 2023, 45 e ss. M.R. SPASIANO, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, *ivi*, 49 e ss.

²³ B. SORDI, *Un garantismo di segno nuovo: diritto e legge nel crepuscolo dell’assolutismo giuridico*, cit., 938 ss.; M. CAMMELLI, *Amministrazione e mondo nuovo: medici, cure, riforme*, in *Dir. amm.*, 1-2/2016, 9 ss.; M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Giappichelli, Torino, 2004. Di recente: F. MERUSI, *Discrezionalità, tempo e decadenza del potere nell’età della rivoluzione economica comunicativa. nuove prospettive per la discrezionalità nel quando*, in *Dir. amm.*, 2/2023, 215 ss.; M.A. SANDULLI, *Procedure di affidamento e tutele giurisdizionali: il contenzioso sui contratti pubblici nel nuovo Codice*, in *federalismi.it*, 8/2023, V ss.

e convalidare un'applicazione e un'interpretazione delle norme generali e astratte escludendo quelle che nel caso concreto possano risultare odiose, inintelligenti, impossibili, in una parola irragionevoli (*sine*, o *contra*, *ultra ratio legis*), con grave pregiudizio per l'essenza stessa del nostro sistema costituzionale, per come lo stesso è percepito nel suo concreto manifestarsi con l'amministrare pubblico, poi con la giurisdizione, che non può tollerare di convalidare consimili applicazioni e interpretazioni sol perché costrette da enunciati generali e astratti neppure immaginabili da chi a suo tempo li ha formulati. È il richiamo più volte invocato nella cultura giuridica di uno *jus a temperamento*, correzione della *lex*, che in materia di contratti e di atti amministrativi che precedono e seguono l'aggiudicazione assume un significato particolare²⁴.

3. *Il principio di ragionevolezza a temperamento dell'astrattezza della disciplina sui contratti*

L'idea di introdurre temperamenti alle rigidità delle norme generali e astratte dell'amministrare pubblico non è nuova, ma è stata largamente anticipata alcuni anni or sono dalla legge generale sul procedimento amministrativo (art. 21 octies, co. 2°, l. 7 agosto 1990, n. 241) ove si è cominciato a stabilire che non è annullabile il provvedimento per violazione di norme sul procedimento qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

L'operare di preferenza dei principi sulle norme di dettaglio si configura invece come applicazione del principio di ragionevolezza²⁵ in concreto, che anzitutto libera l'amministrazione e impone al giudice di riconoscere che in quel caso il perseguimento del risultato è precluso da un'irragionevole osservanza di una o più norme generali e astratte, sicché l'amministrazione può disapplicarla e il giudice deve convalidare quell'interpretazione ricavata per tramite dei principi, giustificandola *ex post*.

²⁴ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit.

²⁵ F. ASTONE, *Il principio di ragionevolezza*, in M. RENNA, S. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, 371 ss.; F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007; P.M. VIPIANA, *Introduzione allo studio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1993. M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Roma, Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013, in www.cortecostituzionale.it

Irragionevole in sé perché l'applicazione in quel caso particolare si palesa contraria alla stessa *ratio legis* della norma, rivelandone il limite, oltre il quale lo standard può produrre un effetto opposto a quello per cui è stato istituito. Irragionevole perché l'applicazione in quel caso concreto sarebbe inutile, cioè non soddisfa la ragione per il quale è stato istituito, in ogni caso è irragionevole perché preclusiva del risultato, il quale nel bilanciamento degli interessi è affermato come prevalente.

La questione è di rilievo non solo – come sinora prospettato – perché libera l'amministrazione da interpretazioni odiose, inutili o inconcludenti, ma perché eleva il principio a norma di responsabilizzazione dell'amministrazione nelle scelte nel caso concreto (art. 97, co. 2°, Cost.), ove la presenza degli standard non deve essere intesa come negazione, o rinuncia, ad un intelligente amministrare, come del pari ad un *jurisdicere* intelligente, poiché lo standard si afferma e va seguito al netto di soluzioni odiose, inutili o inconcludenti, sicché occorre per ragioni di sistema dare prevalenza nell'interpretazione alla norma di principio ove risulti in conflitto con quella di dettaglio, per irragionevolezza dell'applicazione di quest'ultima in un caso concreto.

Il principio del risultato²⁶ è criterio prioritario per l'amministrazione pubblica sia nei rapporti con i terzi, sia nei rapporti interni alla sua organizzazione, non solo per gli incentivi (secondo modalità definite dalla contrattazione collettiva) ma per una responsabilità del personale (amministrativi o tecnici) nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti. Di ciò si ha conferma nel principio di fiducia (art. 2) che “favorisce e valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato” (art. 2, co. 2°)²⁷.

²⁶ S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, in *Diritto e società*, 3/2022, 551-569; G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi e regole*, cit. 872.

²⁷ Per l'interpretazione del principio di risultato in giurisprudenza, si veda a titolo esemplificativo: Cons. Stato, Sez. V, 15 novembre 2023, 9790: nel caso di specie il Collegio afferma che, in ossequio al principio del risultato “ora consacrato nell'art. 1 del nuovo codice dei contratti (decreto legislativo n. 36 del 2023)” ma da ritenersi già presente nell'ordinamento dei pubblici appalti anche in costanza del precedente regime normativo (decreto legislativo n. 50 del 2016), nel perseguimento del “principio di buona amministrazione di cui all'art. 97 Cost.”, la stazione appaltante ha legittimamente affidato all'impresa prima classificata un appalto per la manutenzione ed il controllo su accessi dei varchi ZTL, zone pedonali e corsie preferenziali, in ragione dell'offerta presentata, maggiormente innovativa e volta a garantire impianti il più possibile moderni ed efficienti.

L'enunciato normativo è evidente ma forse non riesce a cogliere nel segno, contando troppo sulla "santità" o sull'eroismo dei singoli, non invece sull'organizzazione e sugli effetti di sistema che i principi possono esprimere verso un ente pubblico²⁸.

L'osservanza del principio di adeguatezza dell'organizzazione di un ente (art. 118, co. 1, Cost.) richiama per i contratti la rilevanza delle norme sulle centrali di committenza, sulla qualificazione delle stazioni appaltanti e la legittimazione di taluni enti alla stipulazione dei contratti (artt. 62 e 63, Codice Contratti)²⁹.

A ciò si aggiunga la natura di norme destinate all'obsolescenza che si deve riconoscere caratterizzi le norme speciali sui procedimenti amministrativi che, come tutte le standardizzazioni, sono destinate ad una crescente inattualità nel tempo, per il variare – più o meno repentino – della realtà in ragione della quale sono state a suo tempo dettate. Ciò si verifica particolarmente per effetto o a seguito di innovazioni tecniche (fatti) o di mutamenti nei valori prevalenti di un determinato ordinamento (es. principio della certezza del diritto, oppure principio del risultato).

²⁸ G.M. RACCA, *La responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, in *Dir. amm.*, 3/2022, 601-639; R. CAVALLO PERIN, *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e l'integrazione europea*, in *A 150 anni dall'unificazione amministrativa europea*, a cura di L. FERRARA, D. SORACE, vol. I, Firenze University Press, 2016, 3-36. In giurisprudenza: Cons. Stato, Sez. III, 13 dicembre 2023, n. 10744

²⁹ G.M. RACCA, *La digitalizzazione dei contratti pubblici: adeguatezza delle pubbliche amministrazioni e qualificazione delle imprese*, in R. CAVALLO PERIN, D.U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, 2020, 321 ss.; EAD., *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*, 2/2021, 185-215. Sul fondamento costituzionale della qualificazione delle amministrazioni aggiudicatrici e della domanda pubblica: G.M. RACCA, S. PONZIO, *La scelta del contraente come funzione pubblica: in modelli organizzativi per l'aggregazione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 1/2019, 33-82. M. IMMORDINO, A. ZITO, *Aggregazione e centralizzazione della domanda pubblica di beni: stato dell'arte e proposte di migliorie al sistema vigente*, in *Nuove autonomie - Rivista Quadrimestrale di Diritto Pubblico*, 2/2018, 371; F. DE LEONARDIS, *I principi generali dell'azione amministrativa*, cit., 59, sul principio di efficacia come fonte di un potere-dovere attribuito alla p.a. di adeguare la propria struttura organizzativa per il migliore perseguimento dell'interesse pubblico. G.M. RACCA, *Le centrali di committenza nelle nuove strategie di aggregazione dei contratti pubblici*, in *Italiadecide*, Rapporto 2015, *Semplificare è possibile: come le pubbliche amministrazioni potrebbero fare pace con le imprese*, Bologna, Il Mulino, 489; D. SORACE (a cura di), *Amministrazione pubblica dei contratti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013; B.G. MATTARELLA, *La centralizzazione delle committenze*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 5, 613; A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda, Vicende della negoziazione con le PPAA., tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, Pisa University Press, 2011; G.L. ALBANO, C. NICHOLAS, *The Law and Economics of Framework Agreements*, Cambridge University Press, 2016.

In tal senso assume rilievo la prospettata idea che la disciplina in esame consenta di elaborare nei prossimi anni una tipicizzazione dei contratti pubblici che segua i settori merceologici o di mercato rilevante, con riferimento almeno a quelli più frequentemente utilizzati dalla pubblica amministrazione. Una tipicità dei contratti della pubblica amministrazione che va costruita selezionando e cristallizzando in norme, anche solo di natura dispositiva, le “migliori prassi” contrattuali, rendendo noti (pubblicità) e consentendo la generalizzazione dei modelli che si sono manifestati relativamente più efficienti, efficaci e economici, in fase di contrattazione e di stipulazione (testi contrattuali), o nell’esecuzione contrattuale, con avvertenze, analisi dati e tipi di vigilanza sperimentata³⁰.

Un’opera di adattamento delle norme generali e astratte sui contratti pubblici che non è nuova e che già si è affermata nei disciplinari di gara e nei capitolati speciali; un’opera che agli inizi del secolo scorso era parsa più significativa, forse in ragione di una autonomia dell’amministrazione pubblica che si presentava meno costretta dalle più recenti norme sui contratti di lavori, servizi e forniture, lasciando al bando di gara e ai documenti che lo corredano quell’opera di definizione che si è meritato il *nomen juris* di “legge della gara”.

L’operare dei principi – in particolare di quello del risultato – nell’applicazione dell’amministrazione e poi nell’interpretazione delle disposizioni di dettaglio da parte della giurisdizione, può anzitutto porsi come norma di chiusura del sistema capace di restituire quell’autonomia contrattuale all’amministrazione che appare necessaria, anche in deroga – si è detto – a quelle disposizioni di legge che nel caso concreto di una gara possano risultare odiose, inutili o inconcludenti.

L’amministrazione può anticipare sin dal bando di gara, con il disciplinare o nel capitolato, quella “legge di gara” che – anche in deroga a disposizioni di legge – sappia garantire di quel contratto la disciplina idonea a dare soddisfazione alle necessità del caso (principio del risultato), senza rinunciare così alla nostra cultura d’amministrazione nella conclusione ed esecuzione contrattuale, formalizzando leggi di gara che potreb-

³⁰ In questo senso potrebbe essere valorizzata la competenza riconfermata all’Autorità nazionale anticorruzione di emanazione di bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo e altri atti amministrativi generali al fine di garantire “la promozione dell’efficienza, della qualità dell’attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche”: art. 222, comma 2 del Codice. Sui capitolati di appalto come atti di integrazione dei bandi nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici: S. PONZIO, *I capitolati negli appalti pubblici*, Napoli, Jovene, 2006.

bero favorire – per tipi di contratto – quella utilità pratica e quella certezza del diritto che appaiono indispensabili.

L'effetto di sistema è vedere restituito alla autonomia pubblica (art. 11, disp. prel.) e privata (art. 1322, cod. civ.) della pubblica amministrazione la disciplina di gara sulla base dell'esperienza maturata in centinaia e centinaia di conclusioni e esecuzioni contrattuali, molte delle quali periodicamente ripetitive, aggiornando *standard* contrattuali che l'IA consente di monitorare e valutare utilmente, con la collaborazione di un sindacato giurisdizionale sugli atti preliminari di gara che ne fondano la disciplina speciale³¹.

4. *Il ruolo complementare della scienza giuridica e della giurisprudenza nell'applicazione dei principi*

La dedizione ai principi – normalmente marginale – assume perciò un particolare significato di sistema, sia nel senso di essere una finestra di dialogo importante tra coloro che all'elaborazione e applicazione del diritto contribuiscono da tempo, sia nel senso di evitare la caduta di autorevolezza della pubblica amministrazione per ineffettività crescente delle norme che la disciplinano.

Quanto al primo è noto che i principi sono da tempo, oltre che uno strumento di dialogo tra le corti³², anche un modo di mettere fortemente in relazione l'opera della giurisprudenza con l'elaborazione della scienza giuridica, per dare alla prima conforto teorico e dunque fondamento e protezione alle proprie decisioni, evitando alla seconda di perdere i caratteri propri della scienza giuridica che è una scienza pratica, nel senso che molto della sua affermazione è demandato a coloro che si trovino nella necessità di doverla utilizzare. Ciò consente di restituire nuovi elementi alla riflessione teorica, pur nella consapevolezza che le elabora-

³¹ R. CAVALLO PERIN, *La digitalizzazione e l'analisi dati*, in R. CAVALLO PERIN, M. LIPARI, G.M. RACCA (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni per l'attuazione della legge delega*, Jovene, Napoli, 2022, 119 ss.

R. CAVALLO PERIN, *Pubblica amministrazione e data analysis*, in *L'amministrazione pubblica con i big data: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale*, a cura di R. Cavallo Perin, Torino, Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino, 2021, 11-18; Id., *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Diritto Amministrativo*, 2/2020, 305-328.

³² M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Roma, Palazzo della Consulta, 25 maggio 2017, in www.cortecostituzionale.it. M.R. SPASIANO, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, cit., 51 e 52.

zioni teoriche non sempre hanno il dono di essere anche *relevant* per gli operatori del diritto, ma nella convinzione di potere formulare un *thesaurus* di idee di riserva per il tempo di crisi delle idee che sono state dominanti³³.

Quanto al pericolo di ineffettività e al pericolo di marginalizzazione delle istituzioni che sono chiamate ad applicarle o interpretarle è sufficiente ricordare che le norme sui contratti riguardano ben 27 Stati membri dell'Unione europea e la comparazione tra gli Stati non è più solo un fatto culturale o "accademico", come talora si dice in tono spregiativo, ma assume un carattere squisitamente istituzionale di relazioni con le istituzioni europee, che potrebbero anche questa volta non capire perché le norme sui contratti siano un problema del nostro ordinamento, soprattutto ora che ci troviamo a utilizzare fondi Ue per conseguire i *risultati* promessi (PNRR)³⁴.

³³ Si consenta il rinvio a R. CAVALLO PERIN, *Il contributo italiano alla libertà di scienza nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Dir. amm.*, 3/2021, 587 ss.

³⁴ F. GOISIS, P. PANTALONE, *La revisione dei prezzi negli appalti pubblici come condizione per l'attuazione del PNRR, tra principi eurounitari e vischiosità normative nazionali*, in *Dir. amm.*, 1/2023, 27 ss.

FRANCESCO DECAROLIS

LA REPUTAZIONE DELL'IMPRESA:
IL SISTEMA DIGITALE DI MONITORAGGIO
DELLE PRESTAZIONI DEGLI OPERATORI ECONOMICI
NEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

SOMMARIO: 1. La problematica da affrontare e la peculiarità del sistema di reputazione come risposta. – 2. Le esperienze nazionali e non di impiego della reputazione d'impresa. – 2.1. Le esperienze internazionali e la Direttiva europea del 2014. – 2.2. Alcune esperienze nazionali: Acea Spa e Cassa Depositi e Prestiti. – 3. Le differenze tra la normativa del 2023 e quella del 2016. – 4. Conclusioni e discussione delle maggiori criticità del sistema.

In tema di innovazioni nel sistema di qualificazione degli operatori economici, uno degli aspetti più interessanti introdotto dal Codice del 2023 è quello del *sistema digitale di monitoraggio delle prestazioni degli operatori economici* di cui all'articolo 109. Questo articolo apre alla possibilità di utilizzare le prestazioni passate come elemento nella selezione dei fornitori e implica che le stazioni appaltanti considerino la *performance* storica del fornitore in incarichi simili. In sintesi, il comportamento passato di un fornitore può determinare le sue future opportunità contrattuali.

Quello della reputazione delle aziende (anche detto *vendor rating*, o *rating* dei fornitori) è un sistema totalmente nuovo nel contesto degli appalti pubblici italiani e differente rispetto a ogni altro istituto relativo alla qualificazione degli operatori economici presente nel Codice. Si tratta anche di uno strumento al momento ancora non completamente definito nei suoi dettagli in quanto il Codice ha previsto che sia messo a punto dall'A-NAC entro 18 mesi dall'entrata in vigore del Codice istituendolo come una componente del fascicolo virtuale dell'operatore economico e definendone sia gli elementi oggetto del monitoraggio sia le modalità di raccolta dei dati e finanche il meccanismo di applicazione del sistema stesso al fine della selezione degli operatori economici negli affidamenti di contratti¹.

¹ Per maggiori approfondimenti sul fascicolo virtuale dell'operatore si veda

Si tratta di un articolo che presenta in una veste nuova e migliorata un tentativo di innovazione già introdotto dal Codice 2016 ma non andato a buon fine. In estrema sintesi, si tratta del tentativo di migliorare la qualità, la tempistica, la sicurezza negli appalti pubblici mutuando uno degli strumenti principali che la contrattualistica privata utilizza per ottenere questi risultati e cioè quello di incentivare la buona realizzazione di un contratto oggi attraverso la promessa che questa buona *performance* verrà premiata con condizioni migliori negli affidamenti di futuri contratti. Ma come è possibile rendere gli acquisti pubblici più simili a quelli privati permettendo all'acquirente pubblico di beneficiare di questa leva fondamentale della contrattualistica privata in un contesto dove l'acquirente pubblico non è avvezzo a valutare il comportamento passato degli operatori economici nell'esecuzione contrattuale e tantomeno lo è ad utilizzare questa valutazione nel processo di selezione degli affidatari di nuovi contratti?

La relazione illustrativa alla proposta di un nuovo Codice redatta dalla Commissione Speciale istituita presso il Consiglio di Stato in relazione a questo articolo recita testualmente che *“l'introduzione di questo sistema reputazionale è stato vivamente caldeggiato soprattutto dagli economisti che hanno partecipato fattivamente alla redazione della proposta di Codice, in considerazione dell'esito positivo che esso ha mostrato nell'affidamento degli appalti pubblici soprattutto negli Stati Uniti”*.

Questo passaggio mette bene in luce come sia dalla teoria economica e dalla pratica di alcuni paesi che vengono le indicazioni più forti in merito alla validità di un sistema di *vendor rating* negli appalti pubblici. In questo breve saggio spiegheremo entrambi questi elementi, partendo dal perché dal punto di vista dell'analisi economica introdurre un sistema di reputazione delle imprese sia uno strumento molto potente per migliorare l'esecuzione contrattuale. Si discuteranno poi alcune esperienze, non limitate al caso statunitense ma che includono anche stazioni appaltanti italiane che applicano il Codice. In terzo luogo, saranno analizzate alcune delle differenze tra l'attuale dettato dell'articolo 109 e quello analogo presente nel Codice del 2016. Infine, saranno sviluppate una serie di considerazioni relative agli aspetti cruciali del nuovo sistema che la fase sperimentale della sua introduzione, come prevista dal Codice, deve necessariamente affrontare per far sì che questo strumento sia realmente fedele al dettato della norma e allo spirito che ne ha guidato la stesura.

G.M. RACCA, *Le piattaforme digitali per i contratti pubblici e la qualificazione degli operatori economici*, in J.B. AUBY, G. DE MINICO, G. ORSONI, *L'amministrazione digitale quotidiana efficienza e intelligenza delle scelte. Atti del Convegno 9-10 maggio 2022, Napoli, Federico II*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, 131 ss.

1. *La problematica da affrontare e la peculiarità del sistema di reputazione come risposta*

Per meglio capire di cosa si tratta e perché sia uno strumento dalla grande potenzialità bisogna partire dalla comprensione della problematica che questo strumento vuole affrontare². Nel contesto dei contratti pubblici, il rischio di cattiva *performance* nell'esecuzione contrattuale rappresenta una preoccupazione fondamentale. Si manifesta attraverso la probabilità e le possibili ripercussioni derivanti dalla mancata adesione o dall'inadeguato rispetto delle specifiche, norme e requisiti delineati nel contratto da parte del fornitore o del contraente.

Una cattiva *performance* può manifestarsi in diversi modi, tra cui l'inadempimento delle specifiche contrattuali, che può riguardare aspetti come la qualità o la quantità dei beni o servizi forniti. Spesso, può verificarsi anche sotto forma di ritardi nella consegna o nell'esecuzione dei servizi. Nel contesto italiano, la forte enfasi che il PNRR ha posto sulla riduzione dei tempi di esecuzione dei contratti imponendo target *ad hoc* è specificamente legata alla sistematicità dei ritardi che si riscontrano nell'esecuzione dei contratti, specialmente di lavori. Queste situazioni possono comportare costi aggiuntivi per l'ente pubblico a causa della necessità di correggere gli errori, effettuare controlli aggiuntivi o sostituire il fornitore. Un altro aspetto da considerare è l'eventuale impatto sulla reputazione dell'ente pubblico. Controversie o dispute possono emergere, causando insoddisfazione tra cittadini o altri *stakeholder*. In alcuni casi, ciò può anche portare a contenziosi legali derivanti da inadempimenti contrattuali.

Questi problemi possono avere origine da diverse cause. In alcune situazioni, le incomprensioni o ambiguità nei termini contrattuali possono creare confusione. In altri casi, il fornitore potrebbe non avere le

² Per una trattazione più dettagliata sotto il profilo dell'analisi economica dei sistemi di rating dei fornitori si vedano: G. SPAGNOLO, F. DINI, *Meccanismi reputazionali e mercati elettronici: problematiche economiche e possibili soluzioni per il public procurement*, in *Quaderni Consip*, 2004; C. DELLAROCAS, F. DINI, G. SPAGNOLO, *Designing reputation mechanisms*, in N. DIMITRI, G. PIGA, G. SPAGNOLO (eds.), *Handbook of Procurement*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006; G. CALZOLARI, G. SPAGNOLO, *Relational Contracts and Competitive Screening*, in *CEPR Discussion Paper*, no. 7434, CEPR Press, Paris & London, 2009; G. SPAGNOLO, *Reputation, competition, and entry in procurement*, in *International Journal of Industrial Organization*, 2012, vol. 30, 3/2012, 291 ss.; G. SPAGNOLO, J. BUTLER, P. CONZO, E. CARBONE, *Reputation and Entry in Procurement*, in *CEPR Discussion Papers*, no. 9651, CEPR Press, Paris & London, 2013; F. DECAROLIS, R. PACINI, G. SPAGNOLO, *Contractors' Past Performance and Procurement Outcomes: A Firm-level Experiment*, in *Stanford Institute for Economic Policy Research (SIEPR) - Working papers*, 2016.

capacità tecniche o le risorse adeguate. Problemi finanziari del fornitore, cambiamenti nel contesto operativo e regolatorio o una mancanza di controlli adeguati da parte dell'ente pubblico possono anche contribuire.

Per mitigare tali rischi, è fondamentale avere una chiara redazione dei contratti con specifiche ben definite e misurabili. Inoltre, la selezione e la verifica dei fornitori dovrebbero essere gestite attraverso processi rigorosi e informatizzati. L'inclusione di clausole contrattuali che prevedano penalità per inadempimenti può servire come deterrente. Inoltre, è essenziale implementare meccanismi robusti di monitoraggio e controllo durante l'esecuzione del contratto e garantire una formazione e un aggiornamento continuo del personale incaricato della gestione e sorveglianza contrattuale. Tutti questi sistemi sono presenti nel Codice e lo sono proprio per affrontare il rischio di esecuzione: dalle norme sulla qualificazione degli operatori economici, a quelle sul sistema delle garanzie fidejussorie e quelle sui SAL e collaudo e sulle penali, sono tutte regole la cui logica è improntata a garantire che la prestazione sia eseguita correttamente. Si può aggiungere a questo elenco anche tutta la parte di norme sulla selezione del contraente privato attraverso la definizione di procedure di affidamento e criteri di gara che, deviando dal modello base della gara aperta affidata al prezzo più basso, rappresentano meccanismi per introdurre elementi atti a premiare la qualità promessa (sia che ciò avvenga in contesti di procedure più discrezionali come procedure negoziate e dialogo competitivo, sia che avvenga attraverso la specifica di adeguati parametri all'interno del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa).

Il *rating* dei fornitori ha la stessa identica finalità di garantire la buona esecuzione contrattuale, ma agisce in modo profondamente diverso. Il *rating* ha impatti in due ambiti distinti. In primo luogo, nella gestione dei singoli contratti è possibile inserire clausole che, basandosi sui risultati del *rating*, variabilizzino bonus o sanzioni, per singolo acquisto, quantità di prodotti acquistati, oppure la durata stessa dell'accordo (rinnovi, estensioni, terminazioni, ecc.). In questo senso, il *rating*, attraverso gli esiti delle ispezioni, può aiutare nell'implementazione di strategie correttive o di ottimizzazione. In secondo luogo, dal punto di vista della gestione dell'intero sistema acquisti, il *rating* ha riflessi sugli albi fornitori, sulle metodologie di scelta dei fornitori da coinvolgere in una gara e sulla selezione degli offerenti. Mentre nel primo ruolo il funzionamento del *rating* non è particolarmente dissimile da quello delle penali, è nel secondo ruolo che assume una valenza unica all'interno del panorama degli strumenti che il Codice fornisce alle stazioni appaltanti per garantire la buona esecuzione.

Infatti, mentre tutti gli altri istituti elencati sopra agiscono sulla probabilità di buona esecuzione di un contratto attraverso meccanismi attivi nello stesso contratto, il *rating* dei fornitori agisce legando la *performance* di un contratto in essere all'attesa di un beneficio futuro da altri, diversi contratti. In gergo economico, attraverso l'introduzione del *rating* dei fornitori il problema di ottimizzazione delle strategie di un'impresa rispetto ad una commessa pubblica passa dall'essere un problema statico ad un problema dinamico in cui le scelte di esecuzione di oggi condizionano i profitti futuri.

La grande diffusione delle piattaforme elettroniche e dei loro sistemi di *rating* dei venditori hanno reso tutti noi familiari con questo tipo di meccanismi: che sia un *host* su una piattaforma di affitti brevi, o un venditore di prodotti su una piattaforma di commercio elettronico, o un prestatore di servizi di trasporto su una piattaforma di mobilità urbana, il *rating* è un parametro che guida in modo determinante le scelte di acquisto dei consumatori e proprio questo elemento allinea gli incentivi di fornitori e acquirenti verso una elevata qualità del servizio. La memoria di una cattiva esperienza di servizio non danneggia il fornitore solo o principalmente nel contratto in essere, ma spesso soprattutto attraverso il calo dei profitti futuri legati al possibile deterioramento del suo *rating*.

Nel contesto degli appalti pubblici, l'uso delle valutazioni delle prestazioni passate come criterio chiave nella selezione dei fornitori significa che, quando il governo valuta le offerte o le proposte da parte dei fornitori per un nuovo contratto, uno dei fattori principali che prende in considerazione è la storia di come quel fornitore ha eseguito in precedenza in contratti simili o rilevanti. In pratica, come un fornitore si è comportato in passato può influenzare le sue possibilità di ottenere nuovi contratti in futuro.

Questo approccio ha vari obiettivi. Il primo è la riduzione del rischio. Se un fornitore ha una storia di esecuzione puntuale, rispetto al budget e alla qualità, è probabile che lo faccia anche in futuro. Il secondo obiettivo è incentivare la buona esecuzione. I fornitori sanno che le loro prestazioni in corso influenzeranno le loro possibilità di ottenere contratti futuri, quindi sono incentivati a fare bene. Il terzo obiettivo è prendere decisioni informate. Gli ufficiali di contratto possono prendere decisioni più informate se hanno accesso a dati completi e accurati sulle prestazioni passate dei fornitori.

Mettere un forte accento sulle valutazioni delle prestazioni passate può aiutare il governo a prendere decisioni più informate e ridurre il rischio di assegnare contratti a fornitori che potrebbero non eseguire bene.

Tuttavia, come con qualsiasi sistema, è essenziale che le valutazioni siano accurate, tempestive e imparziali per garantire che siano un indicatore affidabile delle prestazioni future.

Come discusso più diffusamente in seguito, un sistema di reputazione dei fornitori non è privo di problematiche. In primo luogo, vi è una preoccupazione sulla qualità e l'imparzialità dei dati. Ad esempio, per il caso degli USA che sarà discusso di seguito, alcuni studi hanno sollevato preoccupazioni sulla qualità dei dati in PPIRS/CPARS, suggerendo che le valutazioni potrebbero non sempre riflettere accuratamente le prestazioni di un fornitore. Ci sono anche preoccupazioni sull'imparzialità e sulla possibilità di pregiudizi. Una seconda questione sistematicamente legata ai sistemi reputazionali e, infatti, menzionata come rischio di questo sistema anche nella relazione illustrativa del testo redatto dalla Commissione Speciale del Consiglio di Stato per la redazione del nuovo codice è relativa agli effetti sulle piccole imprese. Di nuovo per il caso USA, che è il più diffusamente analizzato, alcuni studi hanno esplorato se i sistemi come PPIRS/CPARS possono svantaggiare le piccole imprese, che potrebbero non avere una storia di prestazioni estesa come le grandi imprese. Un terzo problema riguarda complessità e usabilità. Alcune analisi hanno sollevato questioni sulla complessità del sistema e sulla sua usabilità, suggerendo che potrebbe esserci spazio per miglioramenti in termini di *design* e funzionalità. Infine, esiste una problematica relativa all'incorporazione di *feedback* dei fornitori. Esiste una discussione continua nelle organizzazioni dove viene usato questo tipo di strumento su come i *feedback* dei fornitori dovrebbero essere integrati nel sistema, in modo che ci possa essere un'opportunità di risposta e di rettifica per le valutazioni percepite come ingiuste o inaccurate. Nella parte finale di questo studio torneremo su queste problematiche nel contesto della riforma del Codice del 2023.

2. *Le esperienze nazionali e non di impiego della reputazione d'impresa*

2.1. *Le esperienze internazionali e la Direttiva europea del 2014.*

L'idea di una valutazione aziendale nel campo degli appalti pubblici assume preminenza quando viene implementata negli USA con la vasta riforma del 1994, nota come *Federal Acquisition Streamlining Act*. Con questa riforma, le stazioni appaltanti del sistema federale hanno cominciato a valutare il comportamento delle aziende assegnatarie nella realizzazione di precedenti accordi pubblici, accumulando così dati ed elementi consultabili dagli enti appaltanti attraverso un sistema digitale spe-

cifico, denominato inizialmente PPIRS (*Past Performance Information Retrieval System*) e confluito a partire dal 2020 nello CPARS (*Contractor Performance Assessment Reporting System*). Questo ha fornito ulteriori criteri per valutare la capacità di un'azienda di rispettare gli impegni contrattuali. Di conseguenza, le azioni storiche sono divenute un indicatore essenziale nella determinazione del beneficiario di un appalto, in un sistema che ha permesso agli acquirenti pubblici di agire in maniera più agile, avvicinandosi al mondo corporativo. Quindi, i valutatori governativi che affidano contratti nelle stazioni appaltanti del sistema federale degli acquisti USA impiegano queste informazioni sulla *performance* passata per aiutarsi a prendere decisioni informate su quali fornitori siano i più affidabili e quali potrebbero rappresentare un rischio.

Dopo quasi un trentennio di applicazione di PPIRS/CPARS, appaiono sufficientemente chiari sia i vantaggi che i limiti di un sistema di questo tipo. I vantaggi principali sono tre. Primo, decisioni più informate, nel senso che il sistema aiuta i RUP a prendere decisioni basate sulle prestazioni passate, riducendo il rischio di assegnare contratti a fornitori che potrebbero non eseguire adeguatamente. Secondo, incentivi per i fornitori dovuti al fatto che i fornitori sono incentivati a mantenere elevate prestazioni in modo che possano avere recensioni positive, che a loro volta possono aiutarli a ottenere futuri contratti governativi. Terzo, la standardizzazione legata al fatto che PPIRS/CPARS è una piattaforma standardizzata per la raccolta e la revisione delle prestazioni passate, facilitando così il processo di valutazione per gli ufficiali di contratto. Sul fronte degli svantaggi, invece, quelli più frequentemente rilevati nelle valutazioni di questo sistema offerti dal *Government Accounting Office* (GAO) e da altri enti valutatori sono quattro. Primo, che i dati non sempre sono aggiornati in quanto a volte le informazioni potrebbero non essere aggiornate, portando a valutazioni basate su dati obsoleti. In particolare, esiste un problema di ritardo nel *feedback* ogniqualvolta che si verifica un ritardo tra quando si verifica una prestazione e quando viene registrata nel sistema, rendendolo meno reattivo di quanto potrebbe essere idealmente. Secondo, sono inevitabili dei potenziali pregiudizi poiché, come con qualsiasi sistema di recensione, esiste la possibilità di pregiudizi o errori nella valutazione, che potrebbero influenzare ingiustamente la reputazione di un fornitore. Terzo, la complessità, soprattutto per i nuovi fornitori, nel navigare e comprendere il sistema e questo è potenzialmente scoraggiante rispetto alla decisione di divenire un fornitore del settore pubblico.

Per quanto invece riguarda l'Europa, prima del 2014 era proibito utilizzare i comportamenti storici nell'adempimento dei contratti come base per la scelta dei *partner* contrattuali, fatta eccezione per circostanze particolari, in cui gravi inadempimenti avevano portato a sanzioni giudiziarie. Con la Direttiva 24/2014, si è compiuto un progresso significativo. L'articolo 57, che tratta delle ragioni di esclusione, al comma 4, lett. g), stabilisce che possa essere estromessa dal processo di assegnazione dell'appalto qualsiasi azienda che abbia manifestato mancanze notevoli o continue in un appalto precedente, tali da portare a una rescissione anticipata o a una pena pecuniaria o a misure equivalenti. Norme simili sono previste per le concessioni pubbliche, regolate dalla Direttiva 23/2014³.

Quindi la Direttiva prevede in modo esplicito che la *performance* pregressa possa essere impiegata come elemento per determinare l'ammissibilità in gara di un operatore economico. Tuttavia, anche in relazione ai criteri di selezione, la Direttiva prevede all'articolo 58 la possibilità di criteri di selezione basati su capacità tecniche e professionali compatibili con un sistema di reputazione d'impresa. Infatti, al comma 4, questo articolo prevede che, per quanto riguarda le capacità tecniche e professionali, le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con un adeguato *standard* di qualità. In particolare, l'articolo esplicitamente menziona che le amministrazioni aggiudicatrici possano esigere che gli operatori economici dispongano di un livello sufficiente di esperienza comprovato da opportune referenze relative a contratti eseguiti in precedenza.

Pertanto, la Direttiva del 2014 ha aperto alla possibilità che sistemi di reputazione di impresa siano parte sia del processo di selezione a monte di quali operatori possono accedere alla procedura di selezione per l'affidamento del contratto, sia del criterio di identificazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa a cui aggiudicare il contratto.

Come hanno incorporato la nuova disposizione nei loro sistemi giuridici i diversi paesi europei? L'adozione di tale disposizione differisce

³ Così recita questo comma: "Le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere, oppure gli Stati membri possono chiedere alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni: (...) g) se l'operatore economico ha evidenziato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un requisito sostanziale nel quadro di un precedente contratto di appalto pubblico, di un precedente contratto di appalto con un ente aggiudicatore o di un precedente contratto di concessione che hanno causato la cessazione anticipata di tale contratto precedente, un risarcimento danni o altre sanzioni comparabili".

notevolmente tra gli Stati membri. Per semplificare, possiamo identificare due orientamenti principali. Il primo riguarda la specificità di ciò che va misurato: solo gli aspetti citati nell'articolo 57 o anche criteri addizionali? Il secondo aspetto è relativo al modo in cui tali criteri sono applicati nella selezione dei contraenti: mantenendo l'approccio flessibile proposto dalle direttive o applicando una regolamentazione rigida sui comportamenti storici?

L'approccio più frequente si basa su "standard minimi". Alcuni paesi, come Francia, Germania, Olanda e Spagna, hanno semplicemente adottato nel loro sistema legale una normativa molto simile al testo della Direttiva, aggiungendo solo una specifica sulla durata temporale per la raccolta di informazioni sulle *performance* storiche delle aziende che intendono partecipare all'asta. Ad esempio, in Francia, si prendono in considerazione gli ultimi tre anni.

Il Regno Unito, al contrario, adotta un approccio più adattabile, con una portata più ampia. Ogni informazione che indica una *performance* insoddisfacente può essere annotata in una scheda specifica redatta dal responsabile degli acquisti al termine del contratto. Per quanto riguarda la flessibilità nell'utilizzo dei dati, il diritto britannico si riferisce agli articoli della Direttiva europea legati ai criteri di selezione, permettendo alle autorità di considerare, come ulteriore criterio di valutazione, l'esperienza dimostrabile dell'azienda, basata sui precedenti contratti. Pertanto, il Regno Unito ha adottato un approccio meno formale e più versatile, favorendo un uso estensivo dei comportamenti storici.

2.2. Alcune esperienze nazionali: Acea Spa e Cassa Depositi e Prestiti

In Italia esistono molte esperienze di applicazione di sistemi reputazionali nel *procurement*. Una panoramica generale è stata sviluppata da un progetto di ricerca dell'Università di Tor Vergata svoltosi nel 2012 e finanziato da Anie, Enel, Eni, Kpmg, Procout, Reply e Terna, con un'iniziale partecipazione di rappresentanti dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici (poi confluita in ANAC), sullo stato dell'arte di utilizzo in Italia del *vendor rating* e sulla definizione di un modello di riferimento *standard*. Tramite un sondaggio che ha coinvolto oltre 150 aziende italiane manifatturiere e di servizio, di vari comparti merceologici e dimensioni, questo studio ha offerto due conclusioni principali. In primo luogo, le strategie di *vendor rating* utilizzate nelle imprese italiane variano notevolmente, sia in termini di modelli adottati che, in particolare, nel modo in cui vengono utilizzati i risultati. In secondo luogo, l'introdu-

zione di criteri di valutazione uniformi potrebbe portare benefici sia per chi commissiona che per i fornitori, specialmente se applicati su tutta la catena di approvvigionamento, coinvolgendo quindi anche subfornitori e subappaltatori (che spesso sono condivisi tra diversi clienti).

Due esperienze particolarmente interessanti di utilizzo del *vendor rating* riguardano due aziende operanti nell'alveo del Codice dei contratti pubblici: Acea Spa e Cassa Depositi e Prestiti.

Acea Spa è una *multiutility* che fornisce servizi di elettricità e acqua a circa 1,6 milioni di clienti a Roma, coprendo gran parte della generazione, trasmissione e distribuzione di questi servizi. La sua operatività richiede l'investimento di risorse significative nella manutenzione delle reti elettriche e idriche. Ad esempio, nel 2015 Acea ha investito circa 200 milioni di euro in lavori centrati su manutenzione, potenziamento e sostituzione di componenti elettrici della rete. Si tratta di attività che presentano rischi legati alla sicurezza in quanto molte lavorazioni coinvolgono trasmissione ad alta tensione. Dopo alcuni incidenti mortali nel 2007 legati a questi rischi, Acea ha rinnovato il suo sistema di *audit*. Prima di ciò, gli ingegneri preparavano un *report* scritto dopo ogni visita in cantiere. Dal 16 ottobre 2007, Acea ha adottato un nuovo sistema completamente digitalizzato che utilizzava tablet e un *software ad hoc* per supportare i suoi ingegneri nel valutare 136 parametri predefiniti durante le ispezioni nei cantieri. Questa riforma ha coinvolto solo il settore elettrico, escludendo quello dell'acqua e alcuni altri servizi. Gli indicatori scelti (i 136 parametri di cui sopra) rappresentavano un quadro completo degli *standard* di qualità e sicurezza da monitorare nello specifico settore dei contratti per la manutenzione della rete elettrica.

Alcune interessanti specifiche del sistema messo in piedi includevano i seguenti aspetti. Primo, gli *audit* sono stati eseguiti da *team* tipicamente di tre di ingegneri scelti a caso da un gruppo di circa 12 ingegneri di Acea. Questo processo di selezione randomica dei *team* è un semplice ma importante accorgimento per ridurre i rischi di possibili *bias* nei giudizi dei singoli valutatori o anche episodi di cattura dei valutatori. Secondo, il sistema di valutazione delle *performance* era sintetizzato in un indice di reputazione, calcolato attraverso una media ponderata delle valutazioni ottenute dall'azienda durante tutte le ispezioni avvenute nei 12 mesi precedenti. Terzo, Acea ha sperimentato diversi modi di utilizzo di questi *audit*. Per un periodo ha introdotto delle aste basate sia sul prezzo che sulla *performance* (un criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa che ponderava al 75% il prezzo e al 25% l'indice di reputazione). Tuttavia, dopo pochi mesi, l'azienda ha sospeso l'impiego dell'in-

dice reputazionale all'interno del criterio di aggiudicazione, mantenendo però il sistema di *audit* digitalizzato per sistematizzare i suoi monitoraggi e intervenire ogniqualvolta gravi mancanze fossero state riscontrate bloccando l'esecuzione fino al superamento delle criticità.

Una dettagliata analisi degli impatti dell'introduzione del sistema di *vendor rating* da parte di Acea è stata condotta da Decarolis, Pacini e Spagnolo (2016)⁴ e da Andreyanov, Decarolis, Pacini e Spagnolo (2023)⁵. L'analisi ha portato a vari risultati significativi. Si è osservato un miglioramento notevole nella *performance* contrattuale, con la conformità dei fornitori sui parametri auditati che è passata dal 25% a oltre il 90%. Questo ha avuto come diretta conseguenza un innalzamento nella qualità dei servizi offerti al cliente, tradotto in interruzioni elettriche meno frequenti e di durata ridotta. Guardando alla dinamica dei costi per Acea, nel lungo periodo, questi sono rimasti mediamente invariati. Questo riflette una sorta di "competizione per la reputazione" tra i fornitori che, se da un lato ha rappresentato un significativo vantaggio per Acea portando miglioramenti nella qualità e sicurezza a fronte di variazioni minime nei prezzi degli appalti, dall'altro ha prodotto malcontento tra i fornitori i cui margini di profitto si sono ridotti a causa degli aggravii di costo per rispettare gli *standard* qualitativi più elevati senza un reale beneficio per le aziende capaci di migliorare di più la qualità offerta. Si tratta di un problema sottile e alquanto tecnico ma, semplificando al massimo, la dinamica competitiva prodotta dal sistema di *vendor rating* o porta all'uscita di alcune aziende incapaci di offrire alta qualità oppure, se tutte le aziende aumentano il livello di qualità offerta, i loro margini di profitti si abbassano in quanto essenzialmente si trovano a competere come già facevano precedentemente in assenza del *vendor rating* ma dovendo ora fornire qualità maggiore (che ha impatti sui costi aziendali). In entrambi i casi, che si tratti dell'uscita di alcuni fornitori o di lamentele dei fornitori esistenti per i profitti più bassi, è inevitabile che muovere l'equilibrio di mercato su livelli maggiori di qualità scontenti alcuni fornitori. Nelle conclusioni si tornerà su questo punto.

Il sistema di monitoraggio dei fornitori di Cassa Depositi e Prestiti (CDP) si applica agli appalti di lavori, servizi e forniture di CDP e della galassia di società del gruppo (Simest, Fintecna, CDP Immobiliare, CDP Equity, CDP Reti e CDP Sgr). CDP ha implementato un metodo di mo-

⁴ F. DECAROLIS, R. PACINI, G. SPAGNOLO, *Contractors' Past Performance and Procurement Outcomes: A Firm-level Experiment*, cit.

⁵ P. ANDREYANOV, F. DECAROLIS, R. PACINI, G. SPAGNOLO, *Past Performance and Procurement Outcomes, working paper*, 2023.

monitoraggio dei fornitori che abbraccia l'intero ciclo di vita della fornitura. Questo inizia con la programmazione, dove vengono definiti gli obiettivi, i benefici previsti dal prodotto, servizio o attività, e gli associati indicatori e KPI. Nella fase di gara, ogni indicatore viene associato a un sistema di penalità e si prevede che l'aggiudicatario documenti tutte le fasi del ciclo di vita dei servizi o delle forniture. Una volta iniziata l'esecuzione, l'azienda implementa e gestisce un sistema di monitoraggio specifico per quella fornitura.

Gli indicatori scelti per il monitoraggio possiedono determinate caratteristiche fondamentali. Essi devono coprire tutti gli obiettivi del progetto, essere specifici, misurabili, e certificabili. L'azienda si assicura anche che gli indicatori siano di tipo tecnico, economico e sociale e che abbiano rilevanza per l'intero ciclo di vita del progetto. Durante la fase esecutiva, il monitoraggio viene utilizzato per supportare diverse verifiche. Esso aiuta a controllare la *performance* lungo molteplici dimensioni: lo stato di avanzamento dei lavori, il rispetto dei livelli di servizio e qualità, la soddisfazione del cliente, eventuali modifiche durante l'esecuzione e la gestione di eventuali non conformità.

In particolare, per la valutazione delle *performance* dei fornitori, Cassa Depositi e Prestiti ha adottato un modello di processo per cui un responsabile del contratto esegue la valutazione prima dell'approvazione di ogni pagamento. Questa valutazione viene effettuata almeno su base trimestrale e copre tutti i contratti di fornitura con un valore superiore a 10.000 euro. Le verifiche riguardano parametri distinti in sei aree: (1) rispetto dei tempi di consegna dei prodotti o di esecuzione lavori (o altri *deliverable*); (2) rispetto della normativa sulla sicurezza nei luoghi di lavoro; (3) rispetto di specifiche tecniche e SLA previsti nel capitolato (rispetto KPI o delle specifiche); (4) *customer experience* (ad esempio, proattività nella risoluzione problemi, rapporti interpersonali, soddisfazione generale, ecc.); (5) qualità dei prodotti (o *deliverable*) consegnati o dei lavori eseguiti; (6) supporto per il monitoraggio del contratto (SAL, reportistica, coordinamento attività, ecc).

Alla data di aprile 2023, l'azienda aveva registrato 6.566 contratti attivi sottoposti a valutazione delle *performance*. In totale, sono state effettuate 12.778 valutazioni delle *performance* dei fornitori dai *project manager* dei contratti. La distribuzione del livello delle prestazioni mostra che il 48% è stato valutato come ottimo, il 36% come buono, il 14% come sufficiente, l'1% come insufficiente e un altro 1% come gravemente insufficiente.

3. *Le differenze tra la normativa del 2023 e quella del 2016*

Ora che sono stati chiariti obiettivi e casi di utilizzo del *rating* dei fornitori, è più facile spiegare perché il dettato normativo nel Codice del 2023 sia migliorativo rispetto a quello del Codice del 2016 ma anche perché rimangano molte criticità. Per comodità di lettura, la tabella di seguito raffronta i due articoli relativi al *vendor rating* presenti nei due testi.

Codice 2016

Art. 83. (Criteri di selezione e soccorso istruttorio)

(...)

10. È istituito presso l'ANAC, che ne cura la gestione, il sistema del *rating* di impresa e delle relative premialità, per il quale l'Autorità rilascia apposita certificazione agli operatori economici, su richiesta. Il suddetto sistema è connesso a requisiti reputazionali valutati sulla base di indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili, nonché sulla base di accertamenti definitivi che esprimono l'affidabilità dell'impresa. L'ANAC definisce i requisiti reputazionali e i criteri di valutazione degli stessi e i criteri relativi alla valutazione dell'impatto generato di cui all'articolo 1, comma 382, lettera b), della legge 28 dicembre 2015, n. 208, anche qualora l'offerente sia un soggetto diverso dalle società benefit, nonché le modalità di rilascio della relativa certificazione, mediante linee guida adottate entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente disposizione. Le linee guida di cui

Codice 2023

Articolo 109. (Reputazione dell'impresa)

1. È istituito presso l'ANAC, che ne cura la gestione, un sistema digitale di monitoraggio delle prestazioni, quale elemento del fascicolo virtuale degli operatori. Il sistema è fondato su requisiti reputazionali valutati sulla base di indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili, nonché sulla base di accertamenti definitivi che esprimono l'affidabilità dell'impresa in fase esecutiva, il rispetto della legalità, l'impegno sul piano sociale.

2. L'ANAC definisce gli elementi del monitoraggio, le modalità di raccolta dei dati e il meccanismo di applicazione del sistema per incentivare gli operatori al rispetto dei principi del risultato di cui all'articolo 1 e di buona fede e affidamento di cui all'articolo 5, bilanciando questi elementi con il mantenimento dell'apertura del mercato, specie con riferimento alla partecipazione di nuovi operatori.

al precedente periodo istituiscono altresì un sistema amministrativo, regolato sotto la direzione dell'ANAC, di penalità e premialità per la denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive da parte delle imprese titolari di appalti pubblici, comprese le imprese subappaltatrici e le imprese fornitrici di materiali, opere e servizi, prevedendo altresì uno specifico regime sanzionatorio nei casi di omessa o tardiva denuncia. I requisiti reputazionali alla base del rating di impresa di cui al presente comma tengono conto, in particolare, dei precedenti comportamenti dell'impresa, con riferimento al mancato utilizzo del soccorso istruttorio, all'applicazione delle disposizioni sulla denuncia obbligatoria di richieste estorsive e corruttive, nonché al rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti e dell'incidenza e degli esiti del contenzioso sia in sede di partecipazione alle procedure di gara sia in fase di esecuzione del contratto. Per il calcolo del rating di impresa si tiene conto del comportamento degli operatori economici tenuto nelle procedure di affidamento avviate dopo l'entrata in vigore della presente disposizione. L'ANAC attribuisce elementi premiali agli operatori economici per comportamenti anteriori all'entrata in vigore della presente disposizione conformi a quanto previsto per il rilascio del rating di impresa.

3. Alla presente disposizione viene data attuazione entro 18 mesi dalla data di entrata in vigore del codice, anche tenendo conto dei risultati ottenuti nel periodo iniziale di sperimentazione.

Iniziando dall'analisi dell'articolato del Codice del 2016 si deve notare che in quel testo si è optato per un metodo diverso a quello degli altri Paesi europei menzionati in precedenza e differente anche rispetto a quello delle due aziende italiane considerate. Questo metodo combina un elevato dettaglio normativo sulla natura delle informazioni da raccogliere con una rigida regolamentazione sul loro uso. In molti modi, l'introduzione di questo sistema di valutazione in Italia appare più complessa e meno avvantaggiata rispetto al potenziale di miglioramento che lo stesso sistema ha mostrato in altri paesi.

Prima di tutto, la norma del Codice del 2016 relativa alla valutazione dei fornitori ha subito revisioni tramite un emendamento che ha inserito questo metodo tra i criteri di giudizio dell'offerta basata sulla qualità. Il *rating* aziendale ha quindi preso una forma esclusivamente incentivante, eliminando ogni menzione a possibili sanzioni. Esso è stato anche sincronizzato con il *rating* di conformità legale, un meccanismo distinto. L'emendamento ha inoltre aggiornato gli indicatori che lo compongono, rimuovendone alcuni (come la regolarità contributiva e il *rating* di legalità) e mantenendo solo quelli che il legislatore considerava come i più rappresentativi delle azioni storiche dell'azienda (ad esempio, il rispetto di tempi, costi e la frequenza di contenziosi).

Ma, nonostante gli aggiornamenti nell'emendamento, la legge ha mantenuto un approccio che supera le basi stabilite dalla Direttiva 24/2014. Nel Codice del 2016, infatti, è stata introdotta una specificità normativa che offre pochissimo margine di manovra agli enti appaltanti nella valutazione dei comportamenti storici delle aziende. Di conseguenza, l'Italia si differenzia sia dal Regno Unito, che combina una vasta gamma di criteri con un ampio margine di interpretazione, sia da nazioni come Francia, Germania, Olanda e Spagna, dove ci sono rigide restrizioni sull'utilizzo dei comportamenti storici, ma solo pochi casi di gravi inadempienze descritti dalla Direttiva sono monitorati. La formula adottata dall'Italia (meticolosità nel monitoraggio e rigidità nell'utilizzo del *rating* aziendale) ha portato a complicazioni rendendo il sistema praticamente inapplicabile. Infatti, nonostante fossero state stabilite delle linee guida ANAC, queste furono successivamente ritirate a causa delle resistenze manifestate dagli attori del settore. Le linee guida proposte, infatti, tendevano a rendere la normativa ancora più stringente, creando una sovraregolamentazione che superava di gran lunga le esigenze minime delle direttive europee e limitando notevolmente l'autonomia degli enti appaltanti.

L'approccio nel Codice del 2023 è differente. L'articolo 109, relativo alla reputazione dell'impresa, riprende e aggiorna quanto stabilito originariamente nell'art. 83, comma 10, del decreto legislativo n. 50 del 2016, istituendo un sistema digitale di tracciamento delle prestazioni passate dei fornitori presso l'ANAC, integrato nel fascicolo elettronico degli operatori. Queste modifiche, rispetto alla normativa esistente, hanno principalmente mirato a rendere il sistema più semplice e a connetterlo direttamente al fascicolo elettronico dell'ente economico. Fondamentale è che sono scomparsi dal testo quei riferimenti che il Codice del 2016 faceva rispetto ad elementi totalmente estranei all'esecuzione del contratto, come il ricorso al soccorso istruttorio e l'applicazione delle disposizioni sulla denuncia obbligatoria di richieste estorsive e corruttive.

Due ulteriori aspetti fondamentali dell'articolo 109 sono il ruolo dell'ANAC e il rimando ad un periodo di sperimentazione. In particolare, il secondo comma stabilisce che sarà l'ANAC a delineare gli aspetti specifici del monitoraggio, le tecniche di raccolta dati e come verrà implementato il sistema, il tutto per promuovere tra gli operatori l'aderenza ai principi di efficienza e di corretta condotta. È anche compito dell'ANAC garantire un equilibrio tra questi aspetti e l'apertura del mercato, in particolare favorendo l'inclusione di nuovi attori.

Infine, il terzo comma stabilisce che l'applicazione di questa disposizione dovrà avvenire tenendo anche conto dei risultati ottenuti durante la fase iniziale di test del sistema. Data la tempistica di 18 mesi per l'entrata in vigore del nuovo sistema, la sperimentazione dovrebbe avvenire entro lo scadere di questa finestra di tempo. L'avvio di una sperimentazione appare essenziale per poter rodare e rifinire un sistema complesso che per sua natura necessita di una certa duttilità nell'adattarsi alle specificità dei settori merceologici, delle capacità di valutazione e utilizzo dei *rating* da parte delle stazioni appaltanti e della tecnologia adottata da ANAC per implementare la piattaforma⁶. A questo riguardo, è esemplificativo citare un numero: negli USA, sebbene il sistema PPIRS/CPARS sia in vigore fin da metà degli anni 90', soltanto dal 2007 ad oggi ci sono stati 49 aggiornamenti della piattaforma ovvero una media di quasi 3 ag-

⁶ Sull'ampio spettro di interventi che l'ANAC deve realizzare per implementare gli obiettivi del Codice 2023 di creazione di piattaforme interoperabili per gli acquisti pubblici si veda: G.M. RACCA, *Le piattaforme digitali per i contratti pubblici e la qualificazione degli operatori economici*, cit., e ID., *La digitalizzazione dei contratti pubblici: adeguatezza delle pubbliche amministrazioni e qualificazione delle imprese*, in R. CAVALLO PERIN, D.U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, 2020, 321 ss.

giornamenti per anno. Questo rende bene l'idea che un sistema di questo tipo, per quanto rodato, è intrinsecamente un sistema dinamico che richiede impegno e risorse da parte di ANAC affinché sia realmente un valido supporto ai RUP nelle scelte di acquisto.

4. *Conclusioni e discussione delle maggiori criticità del sistema*

In conclusione, la capacità di tenere conto delle azioni storiche delle aziende nelle decisioni di assegnazione di appalti pubblici offre numerose prospettive. Tuttavia, ciò porta anche a vari dilemmi. E rimane incerto come questi saranno risolti nel contesto giuridico italiano. Pur essendo migliorato l'impianto normativo entro cui il *rating* dei fornitori può essere sviluppato, esistono alcune difficoltà intrinseche che vanno affrontate e che si ritiene debbano essere al centro del processo di sperimentazione. Questa sezione conclude offrendo una breve trattazione di queste difficoltà.

In primo luogo, non si può non partire dal vincolo esplicitamente menzionato nell'articolo 109 del Codice del 2023. Come ben sintetizzato nella relazione illustrativa prodotta dalla Commissione Speciale presso il Consiglio di Stato alla bozza di Codice: *“Deve tuttavia evidenziarsi che il funzionamento di un simile sistema deve coordinarsi con il principio di libera circolazione e con il principio di concorrenza, ben potendo il requisito reputazionale sconfinare altrimenti in una sorta di ostacolo all'ingresso nel mercato di nuovi operatori economici ovvero creare indebite situazioni di vantaggio per operatori commerciali di dimensioni maggiori e capaci pertanto anche di ottenere valutazioni prestazionali positive”*.

Questo passaggio sottolinea come lo strumento del monitoraggio della *performance* dei fornitori, pur godendo del favore di molti tecnici e operatori, si scontri con alcune criticità tali da rendere la sua applicazione potenzialmente in conflitto con l'ordinato funzionamento del mercato degli appalti pubblici se l'applicazione di un sistema reputazionale dovesse creare un ostacolo all'ingresso nel mercato di nuovi operatori economici o un vantaggio per operatori commerciali più strutturati e per questo meglio capaci di ottenere valutazioni prestazionali positive.

Un secondo elemento di criticità è quello di garantire che le valutazioni delle prestazioni passate siano accurate, tempestive e imparziali. Si tratta di requisiti fondamentali per la loro efficacia come strumento di decisione. Alcune strategie e pratiche che possono aiutare a raggiungere questi obiettivi sono legate a:

– Formazione e Orientamento: Gli ufficiali di contratto e i valutatori devono ricevere una formazione adeguata su come valutare le prestazioni in modo oggettivo. Dovrebbero essere informati sui criteri di valutazione, sui potenziali *bias* e su come evitarli.

– Procedure chiare: Avere linee guida e procedure standardizzate per la valutazione aiuta a garantire coerenza e imparzialità. Le procedure dovrebbero delineare chiaramente come e quando le prestazioni vengono valutate e registrate.

– *Feedback* regolare: I fornitori dovrebbero avere l'opportunità di ricevere *feedback* regolarmente durante la durata del contratto, non solo alla sua conclusione. Questo consente loro di correggere eventuali problemi tempestivamente.

– Processo di revisione: Prima della finalizzazione, le valutazioni dovrebbero essere sottoposte a un processo di revisione per assicurarsi che siano equilibrate e imparziali. Questo può coinvolgere un revisore indipendente o un *team* di revisione.

– Diritto di replica: I fornitori dovrebbero avere l'opportunità di rispondere alle valutazioni, in particolare se ritengono che siano ingiuste o inesatte. Questo può offrire una prospettiva aggiuntiva e aiutare a identificare e correggere possibili errori o incomprensioni.

– Uso di tecnologia: L'uso di sistemi automatizzati può aiutare a garantire la tempestività delle valutazioni e ridurre errori umani. Tuttavia, è essenziale che tali sistemi siano ben progettati e regolarmente aggiornati.

– *Audit* e Revisioni: Una pratica di *audit* periodico delle valutazioni può aiutare a identificare tendenze, *bias* o incoerenze nel sistema. Le revisioni possono portare a miglioramenti procedurali.

– Diversificazione dei valutatori: Evitare di far dipendere le valutazioni da un singolo individuo. Piuttosto, incoraggiare una valutazione da più parti o da *team* per ottenere una visione più equilibrata delle prestazioni di un fornitore.

– Formazione continua: La formazione non dovrebbe essere un evento unico. Gli ufficiali di contratto e i valutatori dovrebbero ricevere aggiornamenti e formazione continua per rimanere aggiornati su migliori pratiche e *standard*.

– Cultura organizzativa: Infine, e forse più importante, l'organizzazione nel suo insieme deve valorizzare l'importanza delle valutazioni accurate, tempestive e imparziali. Se ciò è incorporato nella cultura organizzativa, è più probabile che venga attuato in pratica.

L'obiettivo di queste valutazioni è di fornire una visione precisa e imparziale delle prestazioni passate di un fornitore, affinché il governo

possa prendere decisioni informate. Implementando e solo aderendo a queste pratiche, le organizzazioni possono avvicinarsi a questo obiettivo.

In particolare, l'uso della tecnologia nel processo di valutazione delle prestazioni può offrire numerosi vantaggi, ma è anche accompagnato da potenziali insidie se non utilizzato correttamente. Tra i vantaggi principali dell'uso della tecnologia si possono indicare:

- Automazione dei Processi: Sistemi automatizzati possono aiutare a monitorare e registrare le prestazioni in tempo reale, garantendo che le valutazioni siano sempre aggiornate.

- Analisi dei Dati: Gli strumenti analitici possono aiutare a identificare tendenze o modelli nelle prestazioni di un fornitore, offrendo una visione più profonda e oggettiva rispetto all'analisi manuale.

- Standardizzazione: I sistemi digitali possono aiutare a garantire che le valutazioni siano condotte secondo criteri standardizzati, riducendo la variabilità tra valutatori diversi.

- Archiviazione e Accesso: La tecnologia può facilitare l'archiviazione sicura e l'accesso facile alle valutazioni delle prestazioni, rendendo più semplice per gli ufficiali di contratto consultarle quando necessario.

- Comunicazione e *Feedback*: I sistemi digitali possono facilitare la comunicazione tra valutatori e fornitori, consentendo una maggiore trasparenza e la possibilità di chiarire o correggere informazioni.

Tuttavia, la tecnologia stessa può essere fonte di criticità aggiuntive, quali in particolare:

- Eccessiva Dipendenza: Non bisogna fare affidamento esclusivamente sulla tecnologia a scapito del giudizio umano. La tecnologia può fornire dati, ma la loro interpretazione richiede spesso una prospettiva umana.

- Dati Inaccurati o Obsoleti: Se i dati inseriti nel sistema non sono accurati o aggiornati, le valutazioni risultanti saranno fuorvianti. “*Garbage in, garbage out*” (cioè “se inserisci spazzatura, otterrai spazzatura”) è un principio fondamentale.

- Sicurezza dei Dati: I sistemi tecnologici devono essere sicuri per proteggere le valutazioni e altri dati sensibili da potenziali violazioni.

- Complessità Inutile: Implementare un sistema che è eccessivamente complicato può portare a errori o incomprensioni. È essenziale avere un'interfaccia utente intuitiva e fornire una formazione adeguata.

- Risposta Automatica: Se il sistema genera automaticamente *feedback* o valutazioni basate su certi criteri, c'è il rischio che queste risposte non riflettano adeguatamente la realtà o le circostanze particolari di un contratto.

– Mancanza di Aggiornamenti Regolari: La tecnologia e le esigenze cambiano. Se un sistema non viene regolarmente aggiornato, può diventare obsoleto e meno efficace.

In sintesi, mentre la tecnologia può offrire strumenti potenti per migliorare la precisione e l'efficienza delle valutazioni delle prestazioni, è fondamentale che venga utilizzata in modo riflessivo e integrata con il giudizio e l'esperienza umani.

Infine, l'analisi economica dei sistemi di *vendor rating* esistenti ha identificato una serie specifica di elementi in parte coincidenti con quelli sopra descritti ma in parte legati alla specifica natura del comportamento strategico degli operatori economici e dei RUP, che in ottica economica è sempre analizzato come una risposta agli incentivi creati dal sistema. In particolare, questi spunti aggiuntivi sono i tre seguenti, raggruppati a seconda che coinvolgono i contratti, le stazioni appaltanti o gli operatori economici.

1. Il *vendor rating* non è necessariamente utile per tutte le tipologie di appalti, ma anzi si adatta particolarmente bene soltanto a quelli dove gli acquisti sono sufficientemente ripetuti e standardizzati. Sia una elevata frequenza delle osservazioni che una sufficiente omogeneità nel tipo di prestazioni richieste a imprese diverse su diversi contratti o alla stessa impresa nel corso del tempo sullo stesso o su più appalti possono fornire una base informativa idonea a creare il tipo di selezione degli operatori virtuosi che caratterizza il *vendor rating*. Infine, essendo il monitoraggio un'attività che comporta costi aggiuntivi sia per chi lo effettua che per chi lo riceve, è bene che considerazioni sul rapporto tra costi e benefici guidino la scelta su quali settori del comparto acquisti pubblici debbano essere coinvolti e il livello del loro coinvolgimento, ad esempio attraverso monitoraggi più o meno sistematici in termini sia di parametri analizzati che di frequenza delle ispezioni. Si può qui ricordare la scelta di Acea di implementare il sistema nel comparto dei lavori elettrici dove l'alta tensione crea rischi di gravi incidenti sul lavoro per elettrocuzione e di non implementarlo per i lavori sulla rete idrica.

2. A livello di utilizzo, le stesse considerazioni appena effettuate sulla frequenza dei monitoraggi si applicano anche alle stazioni appaltanti. La frammentazione del sistema acquisti in tante micro stazioni appaltanti, per quanto affrontato dal Codice del 2023 non si può certo considerare risolto. Pertanto, sia nell'effettuare le valutazioni che per utilizzarle nell'affidamento di nuovi contratti, un restringimento alle stazioni appaltanti qualificate appare idoneo, specialmente in una fase iniziale di implementazione e messa a punto del sistema. A regime, stazioni appal-

tanti maggiormente qualificate potrebbero beneficiare di un utilizzo maggiormente discrezionale dello strumento non essendo vincolate in modo meccanico ad uno schema rigido di utilizzo del *rating*, che invece meglio potrebbe adattarsi a stazioni appaltanti con meno competenze. Sempre a livello di stazioni appaltanti, l'accorgimento di impiegare sistemi di rotazione e randomizzazione nell'allocazione dei valutatori a contratti e operatori economici appare come uno strumento allo stesso tempo semplice e efficace per ridurre i rischi di *bias* nei giudizi e di vera e propria corruzione. Tuttavia, si tratta di un approccio percorribile soltanto da quelle stazioni appaltanti di grandi dimensioni capaci di dislocare un numero sufficiente di valutatori da rendere la randomizzazione efficace. Alternativamente, per molti parametri di qualità e sicurezza, l'evoluzione della tecnologia dell'*internet of things* (IoT) offre la promessa di una trasmissione esatta e in tempo reale di un gran numero di informazioni sull'esecuzione di contratti di svariate tipologie, non solo nel comparto lavori ma anche per servizi e forniture.

Infine, per quanto riguarda gli operatori economici due sono i problemi principali sollevati dall'analisi economica. Il primo è il c.d. *multi-tasking*, ovvero il rischio che gli operatori economici rispondano al sistema di *vendor rating* focalizzando il loro sforzo nel soddisfare soltanto i parametri oggetto di monitoraggio e tralasciando del tutto altri, potenzialmente anche importanti ma non catturati dal sistema di *rating*. Il secondo problema riguarda l'inevitabile malcontento che un sistema di questo tipo produce per alcuni operatori economici. Per quanto sia ovvio che premiare la qualità nell'esecuzione non possa non andare a detrimento di quegli operatori meno capaci di fornire qualità, ciò nondimeno comporta che il sistema sia osteggiato da almeno un gruppo di *stakeholders*. Inoltre, l'uscita di alcuni operatori economici dal mercato implica una maggiore concentrazione di mercato con le conseguenze negative ad esso associate: un aumento dei prezzi per l'acquirente e un rischio di dover dipendere da un numero eccessivamente ristretto di fornitori. Si tratta di una problematica che deve essere accuratamente analizzata nei diversi settori in cui si applica lo strumento, con la consapevolezza che non basta a risolvere il problema l'impiego moderato del punteggio di *rating* come semplicemente uno dei parametri all'interno del criterio di aggiudicazione della gara e non invece come parametro di esclusione. Infatti, come illustrato dall'esperienza di Acea, anche nel caso sia un semplice parametro nel criterio di aggiudicazione ove il punteggio massimo associato al *rating* non sia particolarmente alto, questo comporterà che la *performance* non diventi un reale discrimine per separare gli operatori

con *rating* più alto da quelli con *rating* più basso. Pertanto, può verificarsi che le aziende investano risorse per migliorare la loro capacità di eseguire a regola d'arte i contratti ma poi non ne riescano a beneficiare in termini di condizioni migliorative nei profitti attesi su gare future. Il costo che le aziende affrontano migliorando la loro esecuzione contrattuale oggi è un costo irredimibile (un c.d. *sunk cost*) rispetto alle strategie di gara in aggiudicazioni future. Pertanto, o i profitti futuri crescono perché alcune aziende escono dal mercato oppure, se tutte investono, la dinamica competitiva le porterà in futuro ad avere costi aumentati e ricavi inalterati, causando un abbassamento dei profitti attesi che non può che essere osteggiato dagli operatori economici.

FRANCESCO DE PEPPO

LE INNOVAZIONI PER LA QUALIFICAZIONE
DEGLI OPERATORI ECONOMICI.
L'IMPATTO DELLE *BEST PRACTICES*
ADOPTATE DALLE STAZIONI APPALTANTI¹

SOMMARIO: 1. Le trasformazioni legate alla diffusione delle piattaforme telematiche. – 2. L'inversione procedimentale (cenni). – 3. Fideiussioni digitali e prodotti *block-chain*. – 4. Impatti derivanti dalla qualificazione della "domanda" sul mercato dei contratti pubblici.

1. *Le trasformazioni legate alla diffusione delle piattaforme telematiche*

In tema di qualificazione degli operatori economici nell'ambito delle procedure di affidamento, mi soffermerò su alcune significative modifiche delle prassi operative dal lato delle stazioni appaltanti che stanno avendo o avranno significativi impatti nelle attività di partecipazione e selezione degli operatori stessi.

In tale ambito, una prima macro-trasformazione delle prassi cui occorre far cenno riguarda l'adozione e l'utilizzo da parte delle stazioni appaltanti, in maniera sempre più diffusa nel corso degli ultimi anni, delle piattaforme telematiche attraverso le quali gli operatori economici entrano in contatto con i committenti pubblici e interagiscono durante tutte le fasi di gara.

L'utilizzo di questi strumenti sembra un dato del tutto acquisito nella comune esperienza di chi opera nel settore, ma non è stato possibile avere dati sulla rilevanza e diffusione del fenomeno sino all'avvio del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti da parte dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) a partire dal luglio del 2023.

In base, infatti, ai requisiti previsti dal Codice dei contratti pubblici

¹ Il lavoro riflette esclusivamente le opinioni dell'Autore senza impegnare in alcun modo l'Istituto di appartenenza. L'Autore ringrazia i dott.ri *Ciro Vacca*, *Matteo Mirrione* e *Massimiliano Mariconda* per i preziosi contributi e spunti di riflessione offerti.

(d.lgs. n. 36/2023, d'ora in poi "Codice")² per la qualificazione nell'ambito del settore sia dei lavori, sia dei servizi e forniture, è richiesta, tra l'altro, la "...*disponibilità di piattaforme di approvvigionamento digitale di cui agli articoli 25 e 26 del Codice*". Sebbene tale requisito risulti obbligatorio a partire dal 2024, già dall'avvio del sistema di qualificazione è verosimile ritenere che le amministrazioni che hanno fatto domanda abbiano la disponibilità delle piattaforme telematiche (visto che poi perderebbero la qualificazione a partire dal 2024).

A distanza di quattro mesi circa dall'avvio, pertanto, si è conoscenza di un numero di amministrazioni qualificate, pari a circa 3.200, all'interno delle quali la gran parte ha effettuato negli scorsi anni investimenti più o meno significativi per la dotazione di piattaforme telematiche che hanno (almeno) comportato la completa digitalizzazione della fase di gara; tali cambiamenti dalla prassi, a loro volta, hanno obbligato gli operatori economici – e questo è il dato che si vuole sottolineare – ad effettuare analoghi investimenti, sia in tecnologia, sia in formazione del personale per poter operare sulle piattaforme dei committenti pubblici e poter concorrere all'aggiudicazione dei contratti da affidare.

È interessante notare come queste trasformazioni della prassi siano avvenute in assenza di un quadro normativo chiaro in tal senso: il Codice del 2016, infatti, prevedeva unicamente il rispetto dei quattro specifici obblighi digitali, in adesione a quanto prescritto dalla Direttiva n. 24/2014³ e, di fatto, non prescriveva obblighi per le amministrazioni di dotarsi di piattaforme telematiche; a differenza di quanto invece indicato dall'art. 25 del Codice ora in vigore, che detta chiare indicazioni in or-

² Cfr. Allegato II.4, artt. 4 e 6 del Codice.

³ In attuazione della Direttiva UE n. 24/2014, gli obblighi riguardano espressamente i seguenti aspetti:

- *e-notification* per la pubblicazione elettronica dei bandi di gara e degli avvisi di aggiudicazione da parte delle stazioni appaltanti;
- *e-access* per l'accesso elettronico ai documenti di gara da parte degli operatori economici;
- *e-submission* per la presentazione elettronica delle offerte;
- *e-invoicing* per la fatturazione elettronica delle prestazioni.

Vi è da precisare che l'art. 44 del Codice del 2016 prevedeva l'emanazione entro un anno dall'entrata in vigore del Codice stesso di disposizioni che avrebbero dovuto regolare le "...*modalità di digitalizzazione delle procedure di tutti i contratti pubblici, anche attraverso l'interconnessione per interoperabilità dei dati delle pubbliche amministrazioni*". Le disposizioni furono in effetti emanate con il DPCM n. 148/2021, il quale definiva le modalità di digitalizzazione delle procedure di affidamento disciplinate dal Codice, pur se rinviava ad apposite Linee Guida dell'AgID per le regole tecniche delle modalità di digitalizzazione che, alla fine, non furono emanate.

dine all'utilizzo delle piattaforme stesse per le fasi di affidamento e di esecuzione dei contratti⁴.

Ne deriva che gli investimenti realizzati dalle stazioni appaltanti sono stati determinati dall'adesione spontanea a *best practices* diffuse all'interno della committenza pubblica e rispondenti sostanzialmente a esigenze di tipo tecnico-organizzativo. Altra importante caratteristica del fenomeno è stata la sua diffusione secondo un modello del tutto decentrato, in assenza di indicazioni di *policy* di carattere generale, a differenza di altri Paesi dove sono stati sviluppati strumenti accentrati per la gestione almeno degli aspetti salienti delle procedure.

In ogni caso, gli investimenti realizzati nelle piattaforme telematiche, così come quelli realizzati dagli operatori economici per aderirvi, si può ritenere che siano stati ampiamente ripagati in termini di maggiore efficienza, trasparenza e integrità della fase di gara, oltre che di maggiore *accountability* delle amministrazioni⁵; i punti di attenzione per tali strumenti riguardano ora, oltre alla continua *compliance* normativa, l'adeguamento di tali piattaforme alle regole AgID⁶, le quali assicurano anche l'interoperabilità di tutti i sistemi connessi tramite la PDND e l'integrazione con i servizi infrastrutturali abilitanti di ANAC.

Un ulteriore punto di attenzione riguarda i necessari livelli di flessibilità delle piattaforme richiesti dalla più ampia discrezionalità amministrativa riconosciuta dal Codice alle stazioni appaltanti.

2. *L'inversione procedimentale (cenni)*

Partendo da quest'ultima esigenza, un esempio significativo dell'adattamento delle prassi alle innovazioni normative – e, di conseguenza, degli strumenti operativi come le piattaforme – può essere rappresentato

⁴ Anche nel caso dell'art. 25 c'è un rinvio, per mezzo del successivo art. 26, ad un provvedimento dell'AgID (d'intesa con ANAC e Presidenza del Consiglio dei Ministri) per la definizione dei requisiti tecnici delle piattaforme digitali nonché la conformità delle piattaforme stesse a quanto disposto dall'art. 22, comma 2, del Codice. Le regole tecniche, come noto, sono state definite con provvedimento del 1° giugno 2023.

⁵ In proposito giova ricordare che tramite i portali è possibile raccogliere e ordinare tutti i dati relativi all'operatività di una stazione appaltante, con la possibilità di monitorare l'andamento delle attività rispetto ad obiettivi predefiniti e darne informativa tramite il proprio sito istituzionale a beneficio dei propri *stakeholder*.

⁶ Le regole tecniche emanate dall'AgID nel giugno 2023 prevedono in particolare il rilascio di una certificazione che garantisce, proprio in connessione con un modello decentrato delle piattaforme, ma basato su standards comuni, l'uniformità dei requisiti legali, di sicurezza, funzionali e tecnici delle stesse.

dall'adozione del meccanismo dell'inversione procedimentale: un cenno a tale istituto appare significativo nel contesto delle prassi adottate dalle stazioni appaltanti che assumono particolare rilevanza proprio col tema della qualificazione degli operatori economici.

L'istituto, stabilizzato definitivamente per i settori ordinari con il Codice del 2023⁷, consente, come noto, di esaminare le offerte tecniche e/o economiche prima dell'esame dei requisiti di ammissione dei concorrenti che, peraltro, riguarderanno solo l'operatore economico primo in graduatoria, senza l'esame, quindi, dei requisiti di tutti gli altri partecipanti alla procedura non esclusi nella precedente fase.

L'utilizzo dell'inversione procedimentale costituisce una evidente semplificazione dell'*iter* procedimentale con una non trascurabile riduzione delle tempistiche di gara; per effetto di tale incentivo, l'istituto ha avuto una progressiva e larga diffusione nell'operatività delle stazioni appaltanti, modificando sensibilmente tutta la fase dell'accertamento dei requisiti di partecipazione dei concorrenti, con benefici diretti e indiretti per gli operatori economici⁸ e delle amministrazioni procedenti.

In particolare, sotto quest'ultimo aspetto, un primo studio che ha analizzato il fenomeno⁹ ha evidenziato la progressiva e rapida diffusione dell'istituto dopo la sua estensione al comparto dei settori ordinari. Pur sembrando sottoutilizzata, l'inversione procedimentale appare più usata da amministrazioni di maggiori dimensioni (maggiormente reattive rispetto alle modifiche del quadro normativo e in grado di riconvertire l'operatività in tempi rapidi), per affidamenti di importo più elevato, in quanto verosimilmente attrattivi di un maggior numero di concorrenti.

⁷ L'istituto dell'inversione procedimentale è stato introdotto nell'ordinamento italiano già con il d.lgs. n. 50/2016 (che ne prevedeva il recepimento facoltativo da parte degli Stati membri) sebbene limitatamente alle procedure aperte relative ai settori speciali. Con l'emanazione del d.l. n. 32/2019 (cd. decreto "Sboccacantieri") l'istituto è stato esteso anche ai settori ordinari, sebbene in via transitoria, recependo quanto previsto dall'art. 56, paragrafo 2, della Direttiva UE n. 24/2014, norma che per la prima volta ha riconosciuto espressamente la facoltà per le stazioni appaltanti di avvalersi dell'inversione procedimentale al di fuori dei settori speciali. Il termine di vigenza dell'istituto, inizialmente fissato a fine 2020, è stato poi esteso al 31 dicembre 2021 dalla l. n. 120/2020 e poi al 30 giugno 2023 dalla l. n. 108/2021.

⁸ Oltre a non essere interessati da possibili richieste di chiarimento/soccorso istruttorio della documentazione amministrativa, gli operatori economici riescono ad ottenere l'esito della gara in tempi più ravvicinati, riducendosi anche il numero dei contenziosi legati alla fase di ammissione/esclusione.

⁹ Cfr. A. BALTRUNAITE, T. ORLANDO, I. PIZZOLLA, V. RAGOZINI, G. ROVIGATTI, *Il ricorso all'inversione procedimentale nell'affidamento dei contratti pubblici*, Banca d'Italia, Questioni di economia e finanza, n. 750, marzo 2023. Lo studio ha analizzato la diffusione dell'istituto nell'ambito delle amministrazioni comunali italiane nel periodo 2019-2022 con riferimento ai bandi per lavori pubblici.

Lo studio citato propone, inoltre, una stima dei risparmi di tempo associati all'utilizzo del meccanismo di inversione procedimentale, verificando che le durate mediane delle procedure risultano di almeno un terzo inferiori a quelle senza inversione¹⁰.

Pur non potendo disporre di dati estesi a tutte le procedure aperte svolte in Italia¹¹, il meccanismo dell'inversione procedimentale risulta particolarmente diffuso – e può essere sicuramente considerata una *best practice*¹² – nell'ambito delle procedure aperte, le quali, pur rappresentando circa un quinto delle procedure svolte in Italia, intermediano la quota più cospicua dei fondi pubblici spesi nell'ambito dei contratti delle PP.AA.¹³.

Ora, immaginando che la gran parte di tali procedure siano aggiudicate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in base a quanto prevedeva l'art. 95 del Codice previgente e a quanto previsto dall'art. 108 di quello ora in vigore, è evidente che l'utilizzo dell'inversione procedimentale consente di "riallocare" i risparmi di tempo e di oneri amministrativi, prima utilizzati per l'esame dei requisiti di tutti i concorrenti, nella valutazione delle offerte tecniche e nell'analisi di sostenibilità dell'offerta tecnico-economica dell'operatore economico possibile aggiudicatario, ovvero in quelle fasi della procedura che sicuramente possono avere un maggior valore aggiunto in termini di qualità del *procurement* svolto dalle amministrazioni, così come di concentrare l'attenzione degli stessi operatori economici sulla parte maggiormente "qualitativa" della propria offerta, sulla base della quale, in questo tipo di procedure, si concentrano le *chances* di aggiudicazione.

3. Fideiussioni digitali e prodotti blockchain

Sempre in tema di qualificazione degli operatori economici non si possono trascurare in questa sede gli effetti sulla prassi che deriveranno

¹⁰ Considerato il risparmio di tempo associato all'utilizzo del meccanismo dell'inversione procedimentale e, quindi, al risparmio di costi amministrativi connessi con la gestione delle procedure, l'esclusione del meccanismo stesso dovrebbe essere motivato in presenza di condizioni per il suo utilizzo.

¹¹ In fase di acquisizione del CIG di gara ovvero nell'ambito degli altri dati da inviare ad ANAC, non vi sono informazioni relative all'utilizzo di questo meccanismo procedimentale.

¹² Cfr. in proposito Consip S.p.A., Relazione sulla gestione al Bilancio 2022, 41 ss., dove si afferma che l'utilizzo del meccanismo di inversione procedimentale è assunto quale misura stabile per la riduzione delle tempistiche di gara.

¹³ A fine 2022, le procedure aperte rappresentavano il 19% ca. delle procedure utilizzate dalle Amministrazioni, anche se gli importi affidati tramite le stesse risultano pari ad oltre il 60% di quelli complessivi. Cfr. sul punto ANAC, Relazione annuale 2022, 147 ss.

dall'introduzione di soluzioni tecnologiche più innovative, come quelle relative alle piattaforme operanti su registri distribuiti.

L'emersione nella normativa del Codice di questa tecnologia (citata dagli artt. 106 e 117 per le garanzie e dall'art. 30 per l'automazione del ciclo di vita dei contratti pubblici) è avvenuta a valle di cicli di sperimentazioni e realizzazioni in vari ambiti operativi, in particolare nell'industria finanziaria¹⁴. Una delle caratteristiche delle piattaforme *distributed ledger technology* (DLT), in estrema sintesi, è collegata alla possibilità di avere informazioni sicure, non modificabili, la cui validità non dipende da un'autorità certificatrice, ma dall'algoritmo di consenso presente nella piattaforma.

L'adozione nel Codice di questa tecnologia è in funzione di questa caratteristica: con riferimento alle fideiussioni utilizzabili nell'ambito delle procedure di affidamento¹⁵, il valore aggiunto di quelle emesse su piattaforme DLT consiste appunto nella certezza dell'esistenza della garanzia (senza il controllo sul sito dell'emittente) e che la stessa sia stata

¹⁴ L'importanza e la diffusione dell'uso di questa tecnologia nell'ambito dei mercati finanziari è già da diversi anni amplissima sia per l'emissione di strumenti di pagamento e di strumenti finanziari di vario tipo (tra cui ad es. le polizze assicurative), sia per la gestione dei processi interni agli operatori finanziari (si pensi ad es. ai sistemi di *back office*, di gestione del ciclo di vita delle polizze, ecc.). La letteratura sull'argomento comincia ad essere particolarmente copiosa. *Ex multis* possono citarsi, gli atti del Convegno "La tecnologia blockchain: nuove prospettive per i mercati finanziari", organizzato dalla Banca d'Italia il 21 giugno 2016, disponibile online e, più di recente, D.A. ZETSCHE, F. ANNUNZIATA, D. W. ARNER, R. BUCKLEY, *The markets in crypto-assets regulation (MiCA) and the EU digital finance strategy*, in *Capital Markets Law Journal*, 2021.

¹⁵ Come noto, l'art. 106 del Codice (d.lgs. n. 36/2023), innovando rispetto alla precedente disciplina del Codice previgente, prevede che la garanzia fideiussoria possa essere emessa solo nella forma nativa digitale, con la possibilità (aggiuntiva) di essere emessa su piattaforme DLT. L'abolizione delle polizze cartacee costituisce già di per sé di una sostanziale innovazione, evitando che gli operatori economici presentino le polizze in questione nel formato *pdf* mediante una "scannerizzazione" dell'originale e dichiarazione, secondo varie modalità, a seconda della disciplina imposta dalle stazioni appaltanti o dalle piattaforme digitali, di conformità all'originale. A parte la laboriosità del processo e le frequenti incomplezze delle dichiarazioni di conformità, la possibilità di produrre documenti falsi era, di fatto, molto più facilitata, specie nei casi di compagnie/società situate all'estero e/o che non offrivano la possibilità di verifica, tramite i loro siti internet, della presenza di un documento originale. In base alla disciplina attuale, una fideiussione digitale *tout court* è invece verificabile sul sito della compagnia/società emittente (mediante il riscontro del numero della polizza), riducendosi di molto la possibilità di false fideiussioni; tale rischio si riduce (quasi) del tutto mediante l'utilizzo delle piattaforme *blockchain*, vista la necessità della registrazione sulle stesse della compagnia/società emittente e la certezza, garantita dall'algoritmo sottostante, che il nuovo documento sia effettivamente emesso dal soggetto registrato.

emessa da un soggetto abilitato a farlo¹⁶; le stesse regole diffuse da ultimo dall'AGID (giugno 23) prevedono che questo requisito possa essere accertato mediante ricorso ad uno *smart contract*¹⁷, ovvero un programma archiviato nella *blockchain* e che viene eseguito automaticamente al ricorrere di condizioni prestabilite¹⁸.

Ovviamente la diffusione di queste innovazioni dipenderà da diversi elementi. Ne cito tre, fondamentalmente: 1) dagli incentivi che verranno dati¹⁹; 2) dallo sviluppo dei mercati e dalla riduzione dei costi²⁰; 3) dalla capacità degli operatori di comprendere la natura abilitante della tecnologia anche in via prospettica, riducendo il rischio di *gap* tecnologici con i concorrenti.

Dal lato delle stazioni appaltanti, questi processi di adeguamento forse saranno più diffusi se effettivamente la qualificazione delle amministrazioni porterà ad accentrare significativamente la domanda su soggetti che hanno strutture, professionalità e masse critiche adeguate per valutare correttamente gli investimenti, visto che gli stessi riguardano, oltre al costo dei servizi o dei programmi, anche la formazione del personale e la revisione dei processi operativi, necessarie per rendere effettive le innovazioni tecnologiche.

¹⁶ Con riferimento ad applicazioni concrete, allo stato è in corso di realizzazione il progetto "Fideiussioni digitali" su iniziativa del CETIF e con la collaborazione anche della Banca d'Italia e dell'IVASS, oltre che della NEXI S.p.A. e di altri soggetti tra operatori finanziari e stazioni appaltanti. L'entrata in produzione della piattaforma dovrebbe avvenire entro il 2023, in linea con la possibilità prevista dall'art. 106 del Codice che consente l'utilizzo delle fideiussioni su piattaforme DLT a partire dal 2024.

¹⁷ Più specificatamente, le regole AGID prevedono che la scrittura della garanzia emessa nei registri distribuiti sia effettuata mediante uno *smart contract* che deve garantire che tale operazione sia possibile solo da parte di un soggetto autorizzato ad emettere garanzie fideiussorie, ai sensi dell'art. 106, comma 3, del Codice.

¹⁸ Si rinvia, per la comprensione delle potenzialità legate agli strumenti degli *smart contract*, ai contributi di M. RAO, L. LEZZI, A.R. GERMANI, *Blockchain e smart contracts: sfide e opportunità di un futuro già presente*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, n. XX/2021, XX; S.D. LEVI, A.B. LIPTON, *An Introduction to Smart Contracts and Their Potential and Inherent Limitations*, 2018, disponibile online; N. SZABO, *Smart Contracts* (1994) e ID., *Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets*, 1996; M. SWAN, *Blockchain: Blueprint for a New Economy*, O'Reilly Media, XX, 2005.

¹⁹ Per quanto attiene alle fideiussioni digitali emesse su piattaforme *blockchain*, l'art. 106, comma 8, del Codice prevede una riduzione del 10% dell'importo garantito (cumulabile con le altre riduzioni previste).

²⁰ In tema di ampliamento dei mercati e/o riduzione dei costi un ruolo fondamentale è svolto dai *provider* delle piattaforme, i quali nell'ambito dei vari servizi gestiti su piattaforme *blockchain* assumono una funzione centrale, legata non solo alla garanzia sui presidi di sicurezza e di funzionamento dell'algoritmo di consenso, ma anche allo sviluppo delle automazioni legate all'utilizzo delle piattaforme stesse.

4. *Impatti derivanti dalla qualificazione della “domanda” sul mercato dei contratti pubblici*

Quest’ultima considerazione ci porta ad evidenziare il tema generale della connessione tra processi di digitalizzazione e quello di qualificazione della committenza pubblica, le due importanti riforme di sistema previste dal Codice del 2023, necessarie per semplificare gli adempimenti operativi e garantire una maggiore qualità del mercato dei contratti pubblici²¹ che, in termini di spesa, si ragguaglia ad oltre il 15% del PIL in base a dati di fine 2022²².

Anche alla luce di questo dato – che sottolinea la particolare incidenza della spesa pubblica connessa con il *procurement* pubblico – appare sempre più evidente la necessità della *governance* di questo settore che può costituire una straordinaria leva economica per lo sviluppo del Paese²³. In ordine a tali aspetti, il nuovo Codice non sembra abbia costituito l’occasione per un complessivo ripensamento della *governance* del settore²⁴, sulla falsariga proprio dell’esperienza del governo delle risorse del PNRR.

Un’ultima notazione: sulla base di una piccola indagine condotta di recente con l’ausilio delle Banca Centrali Nazionali dell’Eurosistema, è emerso che la disciplina del nostro Codice relativa alla struttura dell’ecosistema digitale e dei relativi obblighi risulta, a livello comunitario, tra le

²¹ Cfr. Relazione della Banca d’Italia per il 2022, 155 e ss.

²² A fine 2022, si è registrata, come noto, un’impennata della crescita dei contratti pubblici per effetto degli investimenti connessi con l’attuazione del PNRR. Nel periodo 2018-2021, l’importo dei contratti pubblici comunicati all’ANAC si ragguaglia mediamente a ca. il 10% del PIL.

²³ Sul punto cfr. S. DELL’OMO, F. DE PEPPA, L. DONATO, M. MIRRIONE, *Prospettive di riforma per gli appalti pubblici tra esigenze di attuazione del PNRR e ricerca del new normal*, ASTRID, 2022.

²⁴ Nel nuovo Codice, come noto, è stata riproposta l’organismo della Cabina di Regia che, sotto il vigore del vecchio Codice, non risulta sia stato di fatto attivato. Dal punto di vista della disciplina dell’attuale Codice, oltre alla previsione già nell’apposito allegato dei suoi componenti chiamati a farne parte, i poteri della Cabina risultano in più punti rafforzati nell’ottica non solo della funzione di impulso per l’attuazione delle riforme previste dal Codice, ma anche di essere il punto di raccordo per l’analisi delle proposte di modifica legislativa e regolamentare e per le varie funzioni di indirizzo delle stazioni appaltanti. Una novità rispetto allo schema dell’abrogato art. 212 del Codice del 2016, è sicuramente rappresentata dalla disposizione del comma 8 dell’art. 221 del Codice in vigore, in merito alle competenze, più propriamente di *governance* politico economica, del CIPESS in materia di investimenti nei settori dei servizi e delle forniture che si affiancano alle già previste competenze per l’approvazione delle infrastrutture strategiche del Paese.

più organiche²⁵; così come uniche risultano le norme relative alla qualificazione delle stazioni appaltanti²⁶.

Questa conferma della qualità della normativa contenuta nel Codice che – va dato atto al Consiglio di Stato – è stata scritta anche per essere applicata sin da subito, richiede a tutti i livelli di portare avanti le due riforme di sistema che sebbene incidano direttamente e prevalentemente sul lato della domanda, come dimostrato dall’esperienza delle piattaforme, sono in grado di qualificare il mercato anche dal lato dell’offerta, innescando processi virtuosi che possano effettivamente dare maggior valore agli investimenti pubblici.

²⁵ Negli altri Paesi UE si riscontra generalmente la sola trasposizione degli obblighi previsti dalla Direttiva n. 24/2014 e già sopra richiamati al precedente par. 1.

²⁶ La mancanza di una disciplina di qualificazione della committenza negli altri Paesi UE è correlata, tra l’altro, alla mancata percezione, nella prevalenza dei Paesi, di aspetti problematici connessi con la frammentarietà della domanda pubblica.

MARCELLO CLARICH

LE INNOVAZIONI PER LA QUALIFICAZIONE DEGLI OPERATORI ECONOMICI

Il fascicolo virtuale è una delle principali novità del nuovo modello di *Public Procurement* sulla base delle indicazioni provenienti dalla legge di delega, attuata nelle norme del Codice che dovrebbero entrare a regime il 1° gennaio 2024¹.

Come noto, il processo di digitalizzazione nasce dal Libro verde della Commissione europea del 2010²; la Direttiva 24 del 2014 già prevedeva il fascicolo virtuale almeno sul piano normativo³, introdotto in Italia con un decreto legge del 2021⁴, poi incorporato nel Codice.

La legge di delega confermava l'impostazione verso la digitalizzazione come elemento fondamentale per snellire, accelerare e rendere più trasparente il processo di acquisto di beni e servizi e lavori⁵.

¹ G. CARLOTTI, *I principi nel Codice dei contratti pubblici: la digitalizzazione*, in www.giustizia-amministrativa.it, 26 aprile 2023; D.U. GALETTA, *Digitalizzazione, Intelligenza artificiale e Pubbliche Amministrazioni: il nuovo Codice dei contratti pubblici e le sfide che ci attendono*, in federalismi.it, 12, 2023, pp. IV ss.

² COMMISSIONE UE, *Libro verde sull'estensione dell'uso degli appalti elettronici nell'UE*, 18 ottobre 2010, COM(2010) 571 definitivo.

³ Art. 59, par. 5 della direttiva 2014/24/UE: “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”.

⁴ Art. 53, comma 5, lettera d), del d.l. 31 maggio 2021 n. 77, conv. l. 29 luglio 2021 n. 108 del 2021.

⁵ Art. 1, c. 2, lett. m), l. n. 78 del 2022: “riduzione e certezza dei tempi relativi alle procedure di gara, alla stipula dei contratti, anche attraverso contratti-tipo predisposti dall'Autorità nazionale anticorruzione, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici relativamente ai contratti-tipo di lavori e servizi di ingegneria e architettura, e all'esecuzione degli appalti, anche attraverso la digitalizzazione e l'informatizzazione delle procedure, la piena attuazione della Banca dati nazionale dei contratti pubblici e del fascicolo virtuale dell'operatore economico, il superamento dell'Albo nazionale dei componenti delle commissioni giudicatrici, il rafforzamento della

La delega ha richiesto regole di partecipazione chiare e certe, soprattutto con riferimento alle clausole di esclusione e alla discrezionalità delle stazioni appaltanti.

Altra indicazione centrale dal punto di vista dell'operatore economico in materia di fascicolo virtuale è l'unicità dell'invio, cioè il principio europeo per cui non si possono chiedere più volte all'operatore gli stessi documenti ai fini di partecipazione alle gare⁶.

Il fascicolo virtuale viene citato come uno degli elementi fondamentali dell'ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale realizzato grazie all'interoperabilità delle piattaforme⁷.

Il fascicolo virtuale dell'operatore economico servirà a consentire la verifica dell'assenza di cause di esclusione di cui agli articoli 94 e 95 (le cause di esclusione automatiche e quelle in qualche modo discrezionali – e il codice nuovo rispetto al precedente le distingue nettamente con maggiore chiarezza). In secondo luogo, il fascicolo virtuale può funzionare come strumento per le stazioni appaltanti ma anche per l'operatore economico solo se è completo e aggiornato⁸.

A questo proposito, è presente un obbligo per le stazioni appaltanti di garantire alla Banca nazionale dei dati dei contratti pubblici (di cui fa

specializzazione professionale dei commissari all'interno di ciascuna amministrazione e la riduzione degli oneri documentali ed economici a carico dei soggetti partecipanti, nonché di quelli relativi al pagamento dei corrispettivi e degli acconti dovuti in favore degli operatori economici, in relazione all'adozione dello stato di avanzamento dei lavori e allo stato di svolgimento delle forniture e dei servizi". M. CLARICH, *Le innovazioni per la qualificazione dell'operatore economico*, in R. CAVALLO PERIN, M. LIPARI e G.M. RACCA (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni per l'attuazione della legge delega*, Napoli, Jovene, 2022, 79 ss.; G.M. RACCA, *La digitalizzazione necessaria dei contratti pubblici: per un'Amazon pubblica*, in DPCE online, n. 4/2021, 4690 ss. M. PIGNATTI, *La digitalizzazione e le tecnologie informatiche per l'efficienza e l'innovazione nei contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 12/2022, 133 ss.;

⁶ Art. 19, comma 2, d.lgs. n. 36 del 2023: *"In attuazione del principio dell'unicità dell'invio, ciascun dato è fornito una sola volta a un solo sistema informativo, non può essere richiesto da altri sistemi o banche dati, ma è reso disponibile dal sistema informativo ricevente. Tale principio si applica ai dati relativi a programmazione di lavori, opere, servizi e forniture, nonché a tutte le procedure di affidamento e di realizzazione di contratti pubblici soggette al presente codice e a quelle da esso escluse, in tutto o in parte, ogni qualvolta siano imposti obblighi di comunicazione a una banca dati o a un sistema informativo"*. 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*, Cham, Springer, 2021, 110 ss.

⁷ 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.

⁸ Art. 24, d.lgs. n. 36 del 2023.

parte il fascicolo virtuale) in tempo reale le informazioni e le certificazioni. In mancanza, è prevista anche una sanzione amministrativa⁹.

È fondamentale che le informazioni del fascicolo virtuale siano utilizzabili in tutte le procedure, non soltanto in modo parcellizzato procedura per procedura.

Effettivamente la sfida sul piano tecnologico e sul piano degli investimenti è significativa: per raggiungere questi obiettivi occorrono investimenti in personale e risorse in tecnologie; come sempre dietro una regola giuridica occorre che ci siano i presupposti organizzativi.

Per raggiungere questi obiettivi viene attribuito all'ANAC un potere di natura regolamentare per disciplinare più nei dettagli il contenuto del fascicolo virtuale¹⁰. L'ANAC ha aggiornato la regolamentazione precedente riguardante l'attuale fascicolo virtuale. È una delibera interessante perché chiarisce quali sono gli usi e le funzionalità e quindi il controllo delle assenze dei motivi di esclusione anche in fase di esecuzione del contratto.

Appare importante il concetto di riuso dei documenti in tutte le procedure, nei tempi di validità dei singoli documenti.

L'ANAC intende ulteriormente precisare via via queste funzionalità, per creare un sistema di flussi di informazioni che entrano e partono dal fascicolo, senza più obblighi di appesantimenti a carico dell'operatore economico.

Per esempio, altre disposizioni del Codice che richiamano il fascicolo virtuale già lo dimostrano: l'articolo 101 sul soccorso istruttorio chiarisce che questo si attiva solo se già dal fascicolo virtuale non risultano i documenti¹¹.

Oppure la norma sulla reputazione dell'impresa: il monitoraggio delle prestazioni in fase esecutiva è un elemento che dovrà confluire nel fascicolo virtuale¹².

⁹ Art. 24, comma 3, d.lgs. n. 36 del 2023.

¹⁰ Delibera ANAC, 20 giugno 2023, n. 262, ai sensi dell'art. 24, comma 4, d.lgs. n. 36 del 2023.

¹¹ Art. 101, comma 1, d.lgs. n. 36 del 2023: “*Salvo che al momento della scadenza del termine per la presentazione dell'offerta il documento sia presente nel fascicolo virtuale dell'operatore economico, la stazione appaltante assegna un termine non inferiore a cinque giorni e non superiore a dieci giorni per: a) integrare di ogni elemento mancante la documentazione trasmessa [...]*”.

¹² Art. 109, comma 1, d.lgs. n. 36 del 2023: “*È istituito presso l'ANAC, che ne cura la gestione, un sistema digitale di monitoraggio delle prestazioni, quale elemento del fascicolo virtuale degli operatori. Il sistema è fondato su requisiti reputazionali valutati sulla base di indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili, nonché sulla base di accertamenti definitivi, che*

Il punto forse più importante in cui il fascicolo virtuale viene richiamato riguarda le cause di esclusione. L'articolo 99 chiarisce che le informazioni contenute nel fascicolo virtuale sull'assenza di cause di esclusione sono un elemento fondamentale per le valutazioni dell'amministrazione¹³. Anche la relazione di accompagnamento chiarisce tuttavia che la consultazione del fascicolo non esaurisce il controllo della stazione appaltante, perché questa deve tener conto anche di altra eventuale documentazione che viene prodotta nella singola gara¹⁴.

Le stazioni appaltanti quando devono decidere se ammettere o escludere un'impresa dalla partecipazione alla procedura considerano il fascicolo virtuale come un elemento utile ma non esaustivo, soprattutto con riguardo alle clausole di esclusione non automatica.

Il Codice avrebbe dovuto tipizzare soprattutto i gravi illeciti professionali¹⁵ ma, sia la giurisprudenza europea sia il Consiglio di Stato, hanno affermato che una tipizzazione non è possibile perché occorre che sia analizzato il caso concreto da parte delle singole stazioni appaltanti¹⁶.

esprimono l'affidabilità dell'impresa in fase esecutiva, il rispetto della legalità, e degli obiettivi di sostenibilità e responsabilità sociale".

¹³ Art. 99, d.lgs. n. 36 del 2023: "1. La stazione appaltante verifica l'assenza di cause di esclusione automatiche di cui all'articolo 94 attraverso la consultazione del fascicolo virtuale dell'operatore economico di cui all'articolo 24, la consultazione degli altri documenti allegati dall'operatore economico, nonché tramite l'interoperabilità con la piattaforma digitale nazionale dati di cui all'articolo 50-ter del codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82 e con le banche dati delle pubbliche amministrazioni. 2. La stazione appaltante, con le medesime modalità di cui al comma 1, verifica l'assenza delle cause di esclusione non automatica di cui all'articolo 95, e il possesso dei requisiti di partecipazione di cui agli articoli 100 e 103".

¹⁴ "Il comma 1 rappresenta una norma molto importante in chiave di semplificazione delle procedure di gare e della fase del controllo dei requisiti, in quanto chiarisce che la sussistenza delle cause di esclusione automatiche di cui all'art. 94 dovrà essere accertata automaticamente attraverso il fascicolo virtuale dell'operatore economico di cui all'art. 24. Il comma 2 invece fa riferimento alla verifica della sussistenza dei motivi di esclusione non automatici di cui all'art. 95 e del possesso dei requisiti di partecipazione di cui agli artt. 100 e 103, la cui verifica dovrà avvenire sempre attraverso il fascicolo virtuale dell'operatore considerando non solo la documentazione presente nello stesso ma anche quella allegata dallo operatore economico in sede di partecipazione": Commissione speciale del Consiglio di Stato, *Relazione di accompagnamento allo Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici*, 7 dicembre 2022, 151.

¹⁵ Art. 1, c. 2, lett. n), l. n. 78 del 2022: "razionalizzazione e semplificazione delle cause di esclusione, al fine di rendere le regole di partecipazione chiare e certe, individuando le fattispecie che configurano l'illecito professionale di cui all'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014".

¹⁶ G. FIDONE, *I gravi illeciti professionali come motivo di esclusione dalle gare pubbliche: l'affidabilità e l'integrità dell'impresa quali concetti giuridici indeterminati*, in *Dir. amm.*, 3/2022, 779 ss.

Su tale aspetto, il Codice ha cercato di effettuare una certa tipizzazione sia delle situazioni che danno origine ai gravi illeciti professionali sia dei mezzi di prova¹⁷.

L'ANAC in una delibera del 6 settembre scorso¹⁸ fornisce un'interpretazione letterale dell'indicazione dei mezzi di prova idonei a dimostrare i gravi illeciti professionali, segnalando che la semplice iscrizione nel registro degli indagati non è sufficiente, perché la nuova disposizione indica un elenco tassativo di atti¹⁹ che possono costituire la causa di esclusione facoltativa dalla gara, per contestata commissione di uno dei reati che, in caso di condanna definitiva, comporterebbero l'esclusione automatica²⁰.

In conclusione, sembra possibile esprimere qualche dubbio sulle tempistiche: sarà difficile che il 1° gennaio 2024 entri in funzione tutto il sistema della digitalizzazione. La stessa delibera attuativa dell'ANAC del 20 giugno contiene norme transitorie, prefigurando una possibile incompletezza dell'operatività del sistema. Questo è un elemento temporale che potrebbe far demordere dallo sforzo per realizzare questo obiettivo, che sarebbe sicuramente nell'interesse sia delle stazioni appaltanti sia degli operatori economici.

Come evidenzia la relazione al Codice²¹, anche il fascicolo virtuale funzionerà solo se si potrà fare affidamento sulla collaborazione delle pubbliche amministrazioni, più che sull'effettività delle sanzioni.

¹⁷ Art. 98, d.lgs. n. 36 del 2023.

¹⁸ Delibera ANAC, 6 settembre 2023, n. 397.

¹⁹ Art. 98, comma 6, lett. g), d.lgs. n. 36 del 2023: “*Costituiscono mezzi di prova adeguati, in relazione al comma 3: [...] gli atti di cui all'articolo 407-bis, comma 1, del codice di procedura penale, il decreto che dispone il giudizio ai sensi dell'articolo 429 del codice di procedura penale, o eventuali provvedimenti cautelari reali o personali emessi dal giudice penale, la sentenza di condanna non definitiva, il decreto penale di condanna non irrevocabile, la sentenza non irrevocabile di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale*”.

²⁰ Art. 98, comma 3, lett. g), d.lgs. n. 36 del 2023: “*L'illecito professionale si può desumere al verificarsi di almeno uno dei seguenti elementi: [...] 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 94*”.

²¹ *Relazione di accompagnamento allo Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici*, cit., 10.

ANNA CORRADO

LE INNOVAZIONI DIGITALI E LA QUALIFICAZIONE DELLE STAZIONI APPALTANTI

Il contributo intende analizzare lo stato dell'arte relativamente alla digitalizzazione dei contratti pubblici in vista dello *switch-on* del 1° gennaio 2024¹, per cui sarà necessario cambiare il sistema ed attuare la transizione digitale prevista dal nuovo Codice dei contratti pubblici².

La digitalizzazione non è un tema nuovo, richiamato anche dal previgente Codice dei contratti pubblici con una diversa interpretazione³, in quanto non ancora concepito il ciclo di vita digitale del contratto pubblico per cui era consentita anche un'incursione di documenti *pdf* (ossia un mero scambio di documenti in formato *pdf*)⁴.

L'esperienza, comunque, non è andata sprecata perché si è verificata in questi anni una “digitalizzazione verticale”, cioè le stazioni appaltanti, i soggetti aggregatori e le centrali di committenza più avanzate utilizzano già piattaforme digitali che non sono interoperabili.

Il nuovo Codice con le sue norme ha permesso questo salto di qualità, la previsione dell'interoperabilità del sistema di *procurement* che consente di acquisire dati, di convertire l'attività amministrativa in dati e di trasmetterla per vari fini in maniera più veloce⁵.

¹ Art. 225, c. 1, c. 2, c. 3, d.lgs. n. 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*.

² Si richiamano: L. MARUOTTI, *Introduzione*, in questo Volume e G.M. RACCA, *Trasformazioni e innovazioni digitali nella riforma dei contratti pubblici*, in questo Volume. Per una prospettiva sul ruolo della digitalizzazione nella riforma dei contratti pubblici si richiama, in particolare, R. CAVALLO PERIN, *La digitalizzazione e l'analisi dati*, in R. CAVALLO PERIN, M. LIPARI, G.M. RACCA (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni per l'attuazione della legge delega*, Jovene, Napoli, 2022, 119 ss.

³ Art. 44 e art. 58, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, *Codice dei contratti pubblici*, relativi alla digitalizzazione delle procedure e all'utilizzo delle piattaforme telematiche di negoziazione.

⁴ G.M. RACCA, *Le innovazioni necessarie per la trasformazione digitale e sostenibile dei contratti pubblici*, in *federalismi.it*, n. 15/2022, 151 ss.; ID., *La digitalizzazione necessaria dei contratti pubblici: per un'Amazon pubblica*, in *DPCE online*, 45, n. 4/2021, 4669-4706.

⁵ *Relazione agli articoli e agli allegati, Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici*

Due sono gli assi portanti su cui ruota la nuova digitalizzazione delle procedure di *procurement*.

In primo luogo, le piattaforme introdotte dal Codice che saranno solo quelle interoperabili e certificate. Ai fini della certificazione (artt. 26 e 25 del Codice), sono state adottate le regole tecniche di AgID⁶, la *check-list* è stata appena pubblicata e le piattaforme pubbliche e private stanno conducendo l'attività di *testing* con il supporto di A.N.AC., per acquisire i servizi digitali messi a disposizione delle piattaforme.

Altro dato da tenere in considerazione per il processo di digitalizzazione in corso è l'attività di *onboarding* che, anche per le piattaforme private, sta svolgendo la Piattaforma digitale nazionale dati (PDND)⁷ del Dipartimento per la trasformazione digitale, l'infrastruttura tecnologica che rappresenta una sorta di catalogo dei dati in possesso delle pubbliche amministrazioni e che consente di acquisire i dati e servizi in sicurezza e in modo semplice (l'attività di *test* da parte di A.N.AC. è stata avviata il 9 ottobre 2023).

Le piattaforme interoperabili certificate dovranno essere in grado di realizzare in modalità digitale tutte le fasi del ciclo di vita del contratto⁸.

La criticità maggiore allo stato probabilmente riguarda proprio la fase dell'esecuzione, dove si rileva una minore esperienza da parte delle attuali piattaforme, per inviare in modo interoperabile i dati verso A.N.AC.⁹.

L'utilizzo delle piattaforme interoperabili e certificate sarà obbligatorio per tutte le stazioni appaltanti, qualificate o meno, perché tutto il ciclo dei contratti – anche inferiori alla soglia di rilevanza europea – do-

in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici", 7 dicembre 2022, 7 ss.

⁶ Cfr. AgID, Determinazione n. 137/2023 del 1.6.2023 avente ad oggetto "Requisiti tecnici e modalità di certificazione delle Piattaforme di approvvigionamento digitale". Si veda inoltre "Schema operativo a supporto della Certificazione delle Piattaforme di approvvigionamento digitale", 21 settembre 2023, in attuazione delle *Regole tecniche. Requisiti tecnici e modalità di certificazione delle Piattaforme di approvvigionamento digitale*", adottate da AgID, di intesa con l'A.N.AC. e con la Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per la Trasformazione digitale, ai sensi dell'art. 26, c. 1 e c. 2, d.lgs. n. 36/2023, cit., con le relative *checklist* di cui all'Allegato 2 e le dichiarazioni di conformità delle istanze di piattaforma, sulla base delle informazioni individuate nell'Allegato 3.

⁷ Art. 50-ter, d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, *Codice dell'amministrazione digitale* e s.m.i.

⁸ In conformità con gli artt. 21, 25, 22 c. 2, 106 e, in generale, la parte II del libro I, d.lgs. n. 36/2023, cit. Si veda anche A. CORRADO, *La digitalizzazione dei contratti pubblici: un'opportunità di efficienza e di cambiamento*, in R. CHIEPPA, M. SANTISE, H. SIMONETTI, R. TUCCILLO (a cura di), *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, Piacenza, 2023, 85.

⁹ Si richiama, in prospettiva, l'art. 43, d.lgs. n. 36/2023.

vrà essere digitale; dovranno essere utilizzate le piattaforme per richiedere i servizi di A.N.AC., a partire dalla richiesta del CIG, assicurare la pubblicità legale¹⁰ degli atti di gara per come richiesto dal Codice, comunicare i dati e popolare la banca dati.

Le amministrazioni devono avere a disposizione una piattaforma interoperabile anche mediante accordi di utilizzo; le piattaforme certificate saranno inserite in un elenco gestito dall'A.N.AC. e poste sul mercato in quanto ritenute adeguate a svolgere le attività necessarie per realizzare gli appalti pubblici.

L'altro protagonista della digitalizzazione, assieme alla piattaforma certificata interoperabile, è il fascicolo virtuale dell'operatore economico (FVOE)¹¹, la cui effettiva operatività deve essere implementata: i documenti che attualmente possono essere acquisiti attraverso il fascicolo virtuale non sono interoperabili e non se ne consente il riuso¹².

Dal 1° gennaio 2024, l'obiettivo delle norme è quello della semplificazione e della velocizzazione delle verifiche dei requisiti di partecipazione alle gare da parte degli operatori economici: sono previste quindici amministrazioni certificanti, chiamate a rispondere e a dare le certificazioni o le informazioni e i documenti richiesti dal Codice ai fini della verifica del possesso dei requisiti.

Il salto di qualità è notevole anche in termini di risparmio di tempo: oggi, per una stazione appaltante, una verifica di documentazione può durare anche sessanta giorni con notevoli ricadute sulla procedura di aggiudicazione. Non a caso l'art. 94 del Codice fa esplicito riferimento alle cause di esclusione automatica, perché l'obiettivo era proprio quello di avere un fascicolo virtuale che potesse dialogare direttamente con le amministrazioni certificanti¹³, agganciando le banche dati in loro possesso (*machine to machine*).

Le nuove possibilità di utilizzo del fascicolo virtuale si ampliano molto e, a partire sempre dal 1° gennaio, potrebbe realizzarsi una sorta

¹⁰ Si veda Delibera ANAC 20 giugno 2023, n. 263.

¹¹ Art. 24, d.lgs. n. 36/2023, 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. Sia consentito rinviare a A. CORRADO, *I nuovi contratti pubblici, intelligenza artificiale e blockchain: le sfide del prossimo futuro*, in *federalismi.it*, n. 19/2023, 128 ss.

¹² Delibera ANAC, 27 luglio 2022, n. 464, *Adozione del provvedimento di attuazione dell'articolo 81, comma 2, del decreto legislativo del 18/4/2016, n. 50 (di seguito Codice dei contratti pubblici), d'intesa con il Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili e con l'Agenzia per l'Italia Digitale*. Si veda la Delibera ANAC, 20 giugno 2023, n. 262 che a partire il primo gennaio 2024 sostituirà la delibera 464/2022.

¹³ Art. 94, d.lgs. n. 36/2023, cit.

di abilitazione digitale dell'operatore economico che, autonomamente, potrà verificare sul proprio fascicolo la correttezza dei documenti necessari per partecipare ad una gara, con un miglioramento progressivo anche del grado di interoperabilità.

Non solo, si potrà anche consentire in futuro il riutilizzo delle verifiche già svolte per altre gare, che confluiranno nel fascicolo virtuale dell'operatore economico con riguardo alle posizioni dei singoli operatori¹⁴.

In questo momento, due criticità vanno comunque attenzionate.

In primo luogo, va detto che le procedure di gara sono caratterizzate da un Documento di gara unico europeo (DGUE) non interoperabile¹⁵; in Italia si prospetta un avanzamento maggiore rispetto a quanto previsto dalla Commissione europea, che è prossima all'adozione di un *European Single Procurement Document (ESPD)* 4.0. La nuova versione dell'ESPD dovrebbe consentire il riutilizzo e l'interoperabilità di tutti i dati che vengono immessi, per realizzare un diretto collegamento con la piattaforma e con il fascicolo virtuale italiano e l'attivazione delle verifiche. Un gruppo di ricerca con la Professoressa Racca è al lavoro proprio in questa direzione, con la volontà di attendere il licenziamento del DGUE 4.0 europeo interoperabile o, se le tempistiche non lo consentiranno, un DGUE 3.0 italiano, condiviso con la Commissione europea.

La seconda criticità è quella relativa alle banche dati pubbliche, detenute dalle amministrazioni pubbliche, e alla loro eterogeneità: spesso si tratta di banche dati che non contengono dati ma solo documenti non leggibili digitalmente e da cui non è possibile estrarre le informazioni, ovvero di banche dati parcellizzate sul territorio e non centralizzate oppure, infine, che per regolamento non consentono il *machine to machine*.

Tali criticità sono strettamente correlate al fatto che manca certamente un'adeguata cultura di condivisione del dato, un elemento fondamentale per garantire il passaggio all'auspicata digitalizzazione, promossa con il fascicolo virtuale e le piattaforme digitali.

Le criticità che oggi si registrano dovranno essere risolte anche alla luce delle disposizioni del nuovo Codice dei contratti pubblici il quale prevede che agli operatori economici non possono essere richiesti documenti che comprovano il possesso dei requisiti di partecipazione o altra

¹⁴ Si veda già C.R. YUKINS, M. KANIA, *Suspension and Debarment in the U.S. Government: Comparative Lessons for the EU's Next Steps in Procurement*, in *GWU Law School Public Law, Research Paper*, n. 39/2019, 47 ss.

¹⁵ Art. 59, Direttiva 24/2014/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE; art. 91, d.lgs. n. 36/2023, cit.

documentazione, se questi documenti possono essere acquisiti tramite interoperabilità con la PDND o tramite l'accesso alle banche dati della pubblica amministrazione¹⁶, prevedendo anche una sanzione per la violazione degli obblighi di transizione digitale¹⁷, con altrettanta attenzione al corretto trattamento dei dati particolari, riferiti ad esempio all'ordine, alla sicurezza pubblica, al soccorso pubblico, alla difesa o alle indagini, che non vengono conservati e non stazionano sulla PDND, trattandosi come detto prima di un mero catalogo di dati nazionali¹⁸.

Lo scenario della realizzazione dell'interoperabilità attraverso il dialogo aperto e collaborativo con le banche dati per l'effettivo utilizzo del fascicolo virtuale dell'operatore economico richiama il tema emergente relativo alla configurabilità di una responsabilità¹⁹ in capo alle amministrazioni pubbliche che non mettono a disposizione le banche dati rallentando le procedure o per il mancato utilizzo di una banca dati per ragioni non adeguatamente sostenute da un punto di vista tecnico ma soltanto per fatti culturali, oppure ancora per rispondere del ritardo che verrà accumulato nel corso delle procedure e che potrebbe causare conseguenze in capo al Responsabile unico del progetto.

Infine va considerato che, proprio nel settore dei contratti pubblici, sarà realizzata la prima sperimentazione in tema di digitalizzazione delle procedure amministrative, con superamento delle autocertificazioni e che questa esperienza potrà poi essere applicata anche ad altri settori e procedimenti amministrativi, configurando una effettiva transizione digitale dell'amministrazione pubblica.

In conclusione può dirsi che la digitalizzazione è una grande sfida e una grande novità del nuovo Codice: la realizzazione del ciclo di vita digitale dei contratti pubblici comporterà una grande opportunità di semplificazione, velocizzazione, trasparenza, *accountability* di tutte le procedure e un significativo cambiamento verso una cultura di condivisione del dato.

¹⁶ Art. 99, c. 3, d.lgs. n. 36/2023, cit.

¹⁷ Art. 24, d.lgs. n. 36/2023, cit.

¹⁸ Art. 50-ter, CAD, cit.

¹⁹ Si veda: G.M. RACCA, *Trasformazioni e innovazioni digitali nella riforma dei contratti pubblici*, in questo Volume. Delibera ANAC, 20 giugno 2023, n. 262, Adozione del provvedimento di cui all'articolo 24, comma 4, del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 d'intesa con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e con l'Agenzia per l'Italia Digitale.

ROSA MEO

ESPERIENZE E PROSPETTIVE
DI APPLICAZIONE DELL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE
AI CONTRATTI PUBBLICI

SOMMARIO: 1. Interoperabilità tra sorgenti informative. – 2. Problematiche di qualità dei dati. – 3. Le tipologie di analisi dati. – 4. Alcuni risultati delle analisi dati più avanzate. – 5. Un caso di studio: analisi degli appalti di forniture e servizi in materia di vigilanza. – 6. Conclusioni.

1. *Interoperabilità tra sorgenti informative*

Nell'Università di Torino il diritto amministrativo e l'informatica hanno avviato da tempo una proficua collaborazione. A partire da un accordo concluso nel 2019 con l'Autorità Nazionale Anticorruzione e successivamente con la Giustizia Amministrativa, è stato possibile verificare le opportunità e le problematiche connesse alla disponibilità di grandi volumi di dati (i *big data*) delle pubbliche amministrazioni¹, in particolare per il settore dei contratti pubblici.

Confrontando i dati della Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici di ANAC con le sentenze del Consiglio di Stato e dei TT.AA.RR., ricavate mediante sistemi *spider* dal portale *online* della Giustizia Amministrativa², è stato possibile svolgere analisi approfondite sul contenzioso in materia di appalti pubblici, allargate anche ad altri dati *open*³.

¹ R. CAVALLO PERIN (a cura di), *L'amministrazione pubblica con i big data: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale*, Università degli Studi di Torino, Torino, 2021.

² <https://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/dcsnpr>.

³ Cfr. R. NAI, E. SULIS, P. PASTERIS, M. GIUNTA, R. MEO, *Exploitation and Merge of Information Sources for Public Procurement Improvement*, in *Machine Learning and Principles and Practice of Knowledge Discovery in Databases. International Workshops of ECML PKDD 2022*, Springer, Cham, 2023, 89 ss.; R. NAI, E. SULIS, R. MEO, F. GORGERINO, G.M. RACCA, L. GENGA, *Process Mining on a Public Procurement Dataset: a Case Study*, in *Machine Learning and Principles and Practice of Knowledge Discovery in Databases. International Workshops of ECML PKDD 2023*, Springer, Cham, in corso di pubblicazione.

Il principio “*once-only*”, richiamato dal nuovo Codice dei contratti pubblici⁴, presuppone l’interoperabilità tra i sistemi informativi e le fonti dei dati⁵. L’interoperabilità tra i sistemi informativi (anche sistemi *software*) talvolta è difficile quando questi non sono progettati per riunire i dati in un’unica collezione e non prevedono codici univoci di identificazione. Di conseguenza, il flusso dei dati che ricongiunge informazioni provenienti da molteplici fonti non sempre è interpretabile: ad esempio c’è il rischio di duplicare i dati a causa dell’assenza di codici identificativi univoci.

Inoltre, tra la BDNCP e il portale della Giustizia Amministrativa non esisteva in origine un collegamento immediato che permettesse di sapere quali procedure di affidamento avessero dato luogo a contenzioso. Si era evidenziata questa criticità che finalmente è stata superata con la previsione della modifica dell’art. 120 del codice del processo amministrativo, che ora impone l’indicazione del codice identificativo gara (CIG) all’interno dei provvedimenti giurisdizionali e di tutti gli atti di parte⁶.

Le analisi dati sono state condotte secondo una sequenza di complessità crescente, in base all’impatto sulle decisioni di organizzazioni come la pubblica amministrazione⁷. L’*analisi statistica* è un’analisi esplorativa del dominio di indagine. Richiede il calcolo di statistiche o le distribuzioni delle frequenze dei valori osservati delle variabili (attributi descrittivi) dei casi o esempi. Si prosegue con l’*analisi descrittiva* che fornisce una descrizione dell’insieme dei casi tramite la visualizzazione delle statistiche in forma grafica. Si ricorre a istogrammi, diagrammi a torta, mappe (anche geografiche se gli esempi sono distribuiti sul territorio). L’*analisi predittiva* viene svolta per stimare o prevedere una variabile obiettivo (*target*) negli esempi. Si costruisce un modello artificiale della variabile *target* in funzione delle altre variabili e il modello può essere

⁴ Art. 19, c. 2, d.lgs. n. 36/2023: “*In attuazione del principio dell’unicità dell’invio, ciascun dato è fornito una sola volta a un solo sistema informativo, non può essere richiesto da altri sistemi o banche dati, ma è reso disponibile dal sistema informativo ricevente. Tale principio si applica ai dati relativi a programmazione di lavori, opere, servizi e forniture, nonché a tutte le procedure di affidamento e di realizzazione di contratti pubblici soggette al presente codice e a quelle da esso escluse, in tutto o in parte, ogni qualvolta siano imposti obblighi di comunicazione a una banca dati o a un sistema informativo*”.

⁵ R. KRIMMER, A. PRENTZA, S. MAMROT (a cura di), *The Once-Only Principle. The TOOP Project*, Springer, Cham, 2021, nel quale è dedicato all’Italia il capitolo di: F. GORGERINO, *Legal Basis and Regulatory Applications of the Once-Only Principle: The Italian Case*, 104 ss.

⁶ Art. 120 del d.lgs. n. 104 del 2010, come sostituito dall’art. 209 del d.lgs. n. 36 del 2023.

⁷ R. MEO, M. LAI, P. PASTERIS, *Machine learning per la pubblica amministrazione*, in CAVALLO PERIN R. (a cura di), *L’amministrazione pubblica con i big data*, cit., 131 ss.

usato per prevederla qualora non sia nota (ad esempio in istanti o esempi futuri). Infine, l'*analisi prescrittiva* ha una valenza di suggerimento che permette di selezionare le migliori pratiche dagli esempi una volta che si siano considerati gli indicatori di valore da ottimizzare, mitigare i rischi e migliorare il processo decisionale.

2. *Problematiche di qualità dei dati*

Le analisi hanno in primo luogo evidenziato alcune problematiche di qualità dei dati della BDNCP. Anzitutto l'assenza del numero dei partecipanti alle procedure di affidamento e dei loro identificativi; errori sulle date di pubblicazione dei bandi, di aggiudicazione e di esecuzione del contratto e dei pagamenti; parziale assenza dei dati sulla fase di aggiudicazione. Nel periodo preso in considerazione, per solo il 21% delle procedure sono stati comunicati all'ANAC l'aggiudicatario e l'importo di aggiudicazione. Permangono inoltre incertezze sull'ammontare degli importi dei contratti aggiudicati. Ad esempio, per i servizi affidati in concessione, viene indicato il valore della concessione stessa, costituito dal fatturato totale del concessionario generato per tutta la durata del contratto, al netto dell'IVA, stimato dall'ente concedente, quale corrispettivo dei lavori e dei servizi oggetto della concessione, nonché per le forniture accessorie a tali lavori e servizi⁸: è fuorviante includere tali valori nella spesa effettivamente sostenuta dalle amministrazioni per la realizzazione di appalti pubblici.

In pochi casi sono registrati i dati sulla fase esecutiva; non sono noti gli importi delle varianti in corso d'opera e dei subappalti (nel 2007-2022, vi è solo il 3.2% dei contratti con subappalto); non è indicata la presenza del CIG in SIOPE, SICOGE e nelle altre banche dati del Ministero dell'Economia, con impossibilità di ricostruire l'intero ciclo di vita del contratto pubblico.

Peraltro, i nominativi degli aggiudicatari e dei partecipanti alle gare pubbliche sono stati ricavati dai dati pubblicati in XML dalle stazioni appaltanti sui propri siti internet istituzionali, nella sezione "amministrazione trasparente" ai sensi della legge n. 190 del 2012. Il nuovo Codice ha abrogato tale obbligo di pubblicazione, che viene tuttavia ricondotto al flusso di informazioni verso la BDNCP⁹.

Si ritiene importante prevedere inoltre di inserire identificativi univoci (quali il CIG) anche negli *e-forms* per la pubblicazione della docu-

⁸ Art. 179, c. 1, d.lgs. n. 36/2023, invariato rispetto all'art. 167, c. 1, d.lgs. n. 50/2016.

⁹ Art. 28, d.lgs. n. 36/2023, cit.

mentazione di gara sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea (*Tender Electronic Daily*) direttamente connessa alla BDNCP dal 1° gennaio 2024¹⁰.

3. *Le tipologie di analisi dati*

Le analisi sono state impostate secondo una sequenza di complessità crescente. Per quanto riguarda le analisi dati più elementari, di tipo statistico e descrittivo, si sono raggruppati i soggetti (stazioni appaltanti o operatori economici) in categorie omogenee per effettuare analisi separate. Ad esempio, si sono raggruppati i Comuni, le aziende sanitarie, le Università ecc., per dimensione e le imprese anche per categoria merceologica. Si è rilevata l'importanza di disporre dell'informazione di localizzazione geografica delle stazioni appaltanti e delle imprese, al fine di confrontare gli ambiti regionali per tipologia di amministrazione. Inoltre, è stato valutato l'andamento del mercato degli appalti nel tempo, ad esempio prima e dopo un certo evento significativo (COVID-19).

Disponendo della distribuzione nello spazio e nel tempo, è possibile rilevare se le differenze osservate sono statisticamente significative e se le differenze non possano essere attribuite ad effetti casuali. Si sono ordinate le stazioni appaltanti o gli operatori economici con confronti degli importi di aggiudicazione e delle durate del ciclo di vita delle procedure di affidamento ed esecuzione dei contratti pubblici. Disponendo della distribuzione, è stato possibile ricavare inferenze statistiche e identificare le anomalie. Si è cercato di calcolare indicatori di affidabilità, prudenza, litigiosità degli attori coinvolti (sia dal lato degli operatori economici, sia delle stazioni appaltanti), verificandone la presenza nei testi delle sentenze della Giustizia amministrativa.

4. *Alcuni risultati delle analisi dati più avanzate*

Tramite analisi di linguaggio naturale condotte sugli oggetti del contratto e sui testi delle sentenze, è stato possibile ricondurre ai contratti il relativo contenzioso (per il 23% circa delle sentenze), anche quando non veniva indicato il CIG nel testo della sentenza.

Le analisi di linguaggio naturale consentono di individuare gruppi omogenei di appalti. Questa ricerca può servire per isolare gruppi di im-

¹⁰ Art. 84, d.lgs. n. 36/2023, cit.

prese che si aggiudicano contratti simili (e quindi calcolare il grado di esperienza in un certo settore), oppure le stazioni appaltanti che si specializzano in specifici settori, per una maggiore aggregazione degli acquisti¹¹.

Per quanto riguarda le analisi più avanzate, di tipo predittivo, è possibile ottenere strumenti di Intelligenza Artificiale i quali, con una certa accuratezza verificata e affidabile, siano in grado di stimare una caratteristica ignota, ma interessante da conoscere in anticipo (ad es. la presenza di varianti in corso d'opera, la presentazione di un ricorso al TAR e i motivi di ricorso).

Lavorando sulla interoperabilità delle due sorgenti di dati, la BDNCP e il portale della Giustizia amministrativa, si possono ottenere modelli di Intelligenza Artificiale per la predizione del rischio di ricorso amministrativo di una gara di appalto. I vari modelli, addestrati separatamente sui lavori, servizi e forniture, producono predizioni la cui accuratezza è risultata soddisfacente: 86% sulle forniture e sui lavori, 92% sui servizi. Risultano confortanti per la possibilità di fungere da aiuto concreto al personale delle stazioni appaltanti durante il lavoro di predisposizione di una procedura di affidamento.

Ma forse, ancora più importante, è la possibilità che l'algoritmo (di tipo prescrittivo) indichi quali caratteristiche della procedura modificare al fine di evitare il contenzioso. Ad esempio, se si considera la procedura aperta per appalti di servizi di valore modesto, si riscontra una minore probabilità di contenzioso.

Per quanto riguarda le analisi di tipo prescrittivo, che consentono di offrire una risposta che funga da modello di comportamento, si osserva in riferimento all'art. 30 del nuovo Codice dei contratti pubblici, che prevede l'ausilio di strumenti di intelligenza artificiale come, a partire dalla BDNCP, si potrebbe fornire un sistema di raccomandazione (motore di ricerca) che dia suggerimenti sull'affidabilità degli operatori economici, sul tipo e quantità di servizi, forniture, lavori, costi di riferimento, tempistiche.

5. *Un caso di studio: analisi degli appalti di forniture e servizi in materia di vigilanza*

Una ricerca specifica si è rivolta agli appalti di servizi in materia di vigilanza negli anni 2016-2022. È stato individuato un campione di otto

¹¹ G.M. RACCA, *La digitalizzazione necessaria dei contratti pubblici: per un'Amazon pubblica*, in *DPCE online*, 45, n. 4/2021, 4669 ss.

CPV con cui vengono contrassegnati gli appalti del settore “vigilanza” e servizi affini¹²: sono risultate 11.397 procedure (CIG), ovvero circa lo 0,4% del totale dei bandi nel periodo. La diversità di definizione e l’uso di CPV differenti sicuramente evidenzia una criticità per l’analisi. Di questi bandi, nel 43,69% dei casi sono disponibili le informazioni sull’aggiudicazione: si tratta di un dato positivo visto che, in generale, sul totale degli appalti presenti in BDNCP solo nel 23% dei casi sono indicate le informazioni sulla fase di aggiudicazione (nome dell’impresa affidataria, importo di aggiudicazione).

Le amministrazioni che affidano un numero più elevato di appalti di vigilanza sono Comuni (41%), aziende sanitarie (20%) e Università (11%).

La distribuzione degli appalti di sorveglianza nei Comuni è molto sbilanciata, con un picco nel Comune di Roma (2976 appalti), a cui seguono con molto distacco il Comune di Brescia (573 appalti) e Bari (443).

Gli operatori economici aggiudicatari, suddivisi per tipologia di impresa (in base al fatturato) sono distribuiti in:

- micro-impresе (fatturato fino a 2 milioni di euro) per il 46%,
- piccole impresе (fatturato tra 2 e 10 milioni di euro) per il 34%,
- medie impresе (fatturato tra 10 e 50 milioni di euro) per il 14%,
- grandi impresе (oltre i 50 milioni di euro di fatturato) per il 6%.

Gli operatori economici aggiudicatari dei bandi di vigilanza sono maggiormente distribuiti nelle province di Roma (15%), e nel Nord Italia tra cui Como (10%), Brescia (5%), Piacenza e Venezia (4%).

Si nota che i grandi appalti¹³ banditi da Comuni nel periodo 2016-2022 sono in numero esiguo (solo otto, praticamente uno all’anno), appaltati in maggior percentuale (75%) dai grandi Comuni¹⁴ e aggiudicati per il 50% a grandi impresе, e al 12% a medie e piccole impresе. La forte associazione tra grande Comune e appalto di importo elevato è pertanto statisticamente significativa.

¹² 98341120-2 - Servizi di portineria, 98341130-5 - Servizi di custodia di portineria; 98341140-8 - Servizi di vigilanza di edifici; 79992000-4 - Servizi di accoglienza; 79710000-4 - Servizi di sicurezza; 79713000-5 - Servizi di guardia; 92520000-2 - Servizi di musei, di salvaguardia di siti ed edifici storici e servizi affini; 92521100-0 - Servizi di esposizione in musei.

¹³ Suddivisione degli appalti di sorveglianza in quattro gruppi in base alla fascia dell’importo aggiudicato: fascia 1 - fino a 500 mila euro, fascia 2 - fino a 750 mila euro, fascia 3 - fino a 5 milioni di euro, fascia 4 - con importo oltre i 5 milioni di euro.

¹⁴ Suddivisione dei Comuni in base alla loro dimensione per popolazione residente (dati ISTAT): comuni piccoli fino a 5000 abitanti, comuni medi fino a 250 mila abitanti, comuni grandi, oltre i 250 mila abitanti (incluse le città metropolitane).

Calcolando la frequenza con la quale gli operatori economici di un determinato segmento dimensionale si aggiudicano un contratto, si nota inoltre come via via che la dimensione delle aziende cresce, esse tendano ad aggiudicarsi un numero maggiore di contratti (più di quattro volte tanto).

È pertanto possibile utilizzare le frequenze “tipiche” di aggiudicazione di un appalto (frequenze attese) da parte delle imprese dello stesso segmento dimensionale. Di conseguenza, si possono individuare gli operatori economici le cui frequenze di aggiudicazione “sorprendono” a confronto.

6. *Conclusioni*

L'analisi dati sui contratti pubblici è risultata complessa per la scarsa interoperabilità e univocità nelle definizioni e la carenza nei dati raccolti anche nella BDNCP sulla gestione degli appalti della pubblica amministrazione. Certamente, l'utilizzo degli strumenti dell'Intelligenza Artificiale potrà aiutare ma i risultati di questi strumenti, molto complessi e ancora limitati per gli addetti ai lavori, dovranno essere monitorati con cura e spirito critico vista l'eterogeneità dei casi a cui verranno applicati.

È necessario potenziare quindi gruppi di lavoro multidisciplinari in cui gli esperti mettano al servizio le competenze della propria disciplina e si adoperino per la comprensione reciproca.

MARCO LIPARI

EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA GIURISDIZIONALE
E INNOVAZIONI TECNOLOGICHE
NEL NUOVO CODICE N. 36/2023

SOMMARIO: 1. Le innovazioni tecnologiche nel nuovo codice dei contratti e il rafforzamento della Giustizia amministrativa. – 2. La tecnologia nel processo: il ruolo del PAT. – 3. I contratti a contenuto innovativo e il sindacato del giudice amministrativo. – 4. La maggiore discrezionalità delle stazioni appaltanti, l’accelerazione delle procedure e la digitalizzazione. – 5. L’accelerazione delle procedure e la tutela degli interessi pubblici. – 6. La digitalizzazione e le modalità procedurali innovative delle gare. – 7. I possibili rischi del *formalismo digitale*. – 8. Procedure innovative telematiche e attività materiali della stazione appaltante. – 9. La digitalizzazione e il tema della decorrenza del termine di proposizione del ricorso di primo grado. – 10. La decorrenza del termine e la “messa a disposizione degli atti”. – 11. La soppressione del testuale riferimento alla “conoscenza effettiva” come fatto idoneo a determinare la decorrenza del termine di ricorso. – 12. La decorrenza del termine di ricorso in presenza di atti secretati, ai sensi dell’art. 35 del Codice n. 36/2023. L’incompleto coordinamento con l’art. 120 e la previsione dell’art. 36, comma 9. – 13. Conclusioni: il giudice amministrativo e la sfida aperta dell’innovazione. L’opportunità di limitati interventi correttivi del codice.

1. *Le innovazioni tecnologiche nel nuovo codice dei contratti e il rafforzamento della Giustizia amministrativa*

Circa un anno fa, quando la legge delega era in dirittura di arrivo, insieme alla Prof.ssa Gabriella M. Racca e al Prof. Roberto Cavallo Perin, avevamo provato a rispondere alla seguente, chiara e perentoria domanda: il sistema della giustizia amministrativa, sempre attento alla evoluzione normativa sostanziale dei contratti pubblici, è pronto per adeguarsi ai processi di innovazione tecnologica ed economica che sono in atto su scala internazionale, trasformando anche il settore delle commesse delle amministrazioni? La domanda aveva suscitato una serie di riflessioni successive, in relazione alla valutazione degli orientamenti giurisprudenziali e della normativa più recente, la quale, in larga misura sollecitata dagli interventi emergenziali connessi alla ripresa post-COVID,

aveva già evidenziato il ruolo della digitalizzazione quale positivo fattore di modernizzazione dell'assetto ordinamentale, anche in chiave di miglioramento delle tecniche di tutela processuale e di maggiore efficienza delle regole.

Il mio intervento odierno intende dare conto dei primi risultati raggiunti, alla luce delle soluzioni normative cui è pervenuto il Codice.

Anzitutto, va ribadita la peculiarità della formula prescelta per caratterizzare il titolo di questo contributo: "*effettività della tutela*". Non vi è dubbio, infatti, che il favore per tutte le misure idonee a sostenere l'innovazione si accompagna, positivamente, ad una crescita esponenziale del principio di effettività e pienezza della tutela giurisdizionale.

D'altro canto, il generalissimo principio portante della legge delega, incentrato sulla stretta aderenza alla normativa di rango eurounitario, imponeva al legislatore delegato di adottare norme idonee a rafforzare il criterio di massima effettività della tutela giurisdizionale.

In tal senso, allora, potrebbe essere giustificata la scelta compiuta dal Codice n. 36/2023, che agisce profondamente sulla disciplina strettamente processuale, pur in assenza di una specifica previsione in tal senso.

In linea generalissima, è plausibile ritenere che il netto miglioramento della normativa sostanziale, resa decisamente più chiara, razionale e semplice, avrà un impatto effettivo sul versante del contenzioso, riducendo, a monte, le occasioni di lite e agevolandone la pronta soluzione.

Potrebbe essere sufficiente un esempio. La precisa tipizzazione delle ipotesi di illecito professionale, che comportano l'esclusione dei concorrenti dalle gare, stabilita dall'art. 98, è senz'altro idonea a limitare il potere di valutazione discrezionale assegnato alle stazioni appaltanti.

Le determinazioni di ammissione o di esclusione degli offerenti, quindi, saranno molto meno opinabili, agevolando la verifica della loro legittimità, con drastica diminuzione della litigiosità.

Ferma restando questa notazione di fondo, è opportuno concentrare l'attenzione sulle disposizioni del Codice espressamente dedicate al tema del contenzioso davanti al giudice amministrativo, preso in considerazione dal legislatore sotto diverse angolazioni.

Di contro, però, la maggiore discrezionalità, nonché il rilievo dei principi e la riduzione delle linee guida potrebbero aumentare la necessità di interventi della giurisprudenza?

Schematizzando, le disposizioni più rilevanti riguardano i seguenti distinti microsettori:

a) La riscrittura completa degli articoli 120, 121 e 124 del codice del processo amministrativo (art. 129), cui si collega la previsione dell'articolo 5;

b) La pubblicità (articoli 27 e seguenti), le comunicazioni (art. 90) relative agli atti della procedura (articoli 9 e ss.), l'accesso e le modalità della tutela giurisdizionale concernenti la conoscibilità delle offerte (articoli 35 e 36), in relazione agli effetti che tali regole provocano sul processo;

c) I pareri di precontenzioso dell'ANAC (art. 220);

d) Il rapporto tra la pendenza del contenzioso e lo sviluppo sostanziale della procedura di affidamento (artt. 17-18);

e) La nullità e l'effetto di non apposizione delle le clausole che prevedono cause ulteriori di esclusione, non stabilite dal codice (art. 10);

f) Il regime transitorio.

La legge di delega n. 78/2022 omette qualsiasi specifico riferimento testuale al processo amministrativo, che non è considerato né nella definizione dell'oggetto, né nella formulazione dei criteri attuativi.

L'unico collegamento esplicito con i rimedi giurisdizionali è costituito dalla previsione contenuta nell'articolo 1, comma 2, lettera *ll*), che indica il seguente criterio puntuale:

“ll) estensione e rafforzamento dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione del contratto”.

Il legislatore delegante, diversamente da quanto era avvenuto nel 2016, ha ritenuto non prioritario l'intervento sulle norme processuali, ritenute già sufficientemente adeguate alla disciplina europea e prive di significative criticità. Inoltre, il legislatore delegante non ha nemmeno considerato la necessità di trasferire nel codice, a regime, alcune, o tutte, le disposizioni processuali sperimentate nella fase emergenziale, che restano riferite soltanto a particolari contratti collegati all'attuazione del PNRR.

A stretto rigore, quindi, alla luce del testo della delega, non vi è alcuno spazio formale per modificare le vigenti regole processuali.

Resterebbe solo la possibilità – niente affatto marginale – di agire sulla disciplina dei rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale amministrativa (gli “ADR”). Infatti, il citato criterio della legge n. 78/2022 contiene l'importante precisazione secondo cui, attraverso l'attuazione della delega, è possibile estendere e rafforzare i rimedi alternativi al processo, anche per le controversie rientranti nella giurisdizione amministrativa.

Il legislatore delegato, tuttavia, ha dimostrato, al riguardo, una certa timidezza, evitando di percorrere, fino in fondo, la strada additata dal Parlamento.

Il codice contempla soltanto poche modifiche del sistema di tutela precontenziosa dinanzi all'ANAC. In tale cornice è particolarmente emblematica la stessa scelta lessicale delle nuove norme codicistiche, le quali evitano accuratamente l'utilizzazione di espressioni che facciano riferimento alla tutela alternativa a quella giurisdizionale.

Il complesso rapporto fra l'innovazione e la tutela giurisdizionale si può articolare in almeno tre distinti profili.

Il primo attiene alla stretta connessione tra l'innovazione tecnologica e la normativa di carattere processuale.

Le innovazioni strettamente normative contenute nel codice sono significative e si collegano ad una tendenza presente da tempo nel nostro ordinamento.

Al riguardo gli interventi del legislatore in materia sono stati frequentissimi e, probabilmente, non sempre coerenti e chiari. Anche la CGUE è ripetutamente intervenuta sul tema, sottolineando la centralità delle regole di matrice comunitaria.

In questo settore il legislatore ha due obiettivi essenziali: la rapidità nella definizione dei giudizi con misure diversificate più o meno efficaci e, da ultimo, in relazione all'emergenza sanitaria, si sono rafforzati interventi diretti a valorizzare la stabilità del rapporto giuridico in favore dell'interesse pubblico, sia in sede cautelare sia in sede di merito.

Anzitutto, nel codice si è inteso curare, prioritariamente, il profilo della semplificazione, intesa in almeno due significati, peraltro strettamente congiunti:

– la semplificazione normativa: essa impone la massima chiarezza e la piena comprensibilità dei testi legislativi, depurati dai difetti e, talvolta, da vere e proprie incongruenze, riscontrati nel codice del 2016 e nella convulsa disciplina attuativa (peraltro nemmeno completata);

– la semplificazione procedimentale: questa comporta la riduzione delle “complicazioni” procedurali, che possono ostacolare la rapida conclusione dell'*iter* di affidamento e rallentano l'esecuzione dell'appalto.

In tale cornice, quindi, è stata enfatizzata l'esigenza di dettare una disciplina diretta alla più fedele trasposizione “leggera” e puntuale della normativa comunitaria, evitando l'introduzione di aspetti di regolazione nazionale non imposti dal legislatore europeo.

Questa impostazione, sviluppata coerentemente, ha condotto all'opzione, oggetto di un serrato dibattito politico, di ampliare, per gli appalti sotto soglia, i casi in cui le stazioni appaltanti sono autorizzate ad affidare i contratti mediante affidamenti diretti o agili procedure negoziate, rispettose, beninteso, dei principi concorrenziali del Trattato UE e sottoposte, comunque, alla generale disciplina garantista della legge n. 241/1990.

Va avvertito, inoltre, che il concetto di semplificazione sostanziale normativa è stato opportunamente interpretato dai compilatori del codice in senso rigorosamente "qualitativo" e non meramente quantitativo, ossia come "aritmetica" (ma sterile) limitazione dello *stock* di disposizioni di legge.

Si è cercato, quindi, di eliminare tutte le disposizioni ridondanti, ma si è anche curata la formulazione più nitida delle regole (ove occorre, pure mediante dizioni non del tutto sintetiche), senza falsi tecnicismi linguistici e con attenta precisione semantica.

Prima dell'intervento riformatore, infatti, il quadro normativo era caratterizzato non solo da difetti di contenuto ma, soprattutto, da un inaccettabile grado di confusione, non solo per i numerosi difetti della disciplina primaria, ma, soprattutto, per la scarsa leggibilità dell'architettura complessiva del sistema: il codice n. 50/2016 prevedeva il rinvio ad un grande e variegato numero di fonti e di atti secondari, molti dei quali, poi, nemmeno adottati o emanati con notevole ritardo.

Il pregio della nuova codificazione, quindi, è quello di avere riunito e ordinato tutte le fonti necessarie per rendere immediatamente operativa la disciplina primaria, senza attendere l'adozione di altri provvedimenti.

Lo strumento giuridico per realizzare questa meritoria opera di rioridino è costituito dalla costruzione di un testo legislativo essenziale, ancorché completo, accompagnato dalla previsione di alcuni corposi, ma ordinati, "allegati".

Detti allegati, sebbene numerosi e non brevissimi, definiscono con nitidezza ogni aspetto della disciplina vigente, senza bisogno di interventi ulteriori complementari.

In linea di massima, il potere di intervento del legislatore delegato è legittimamente estensibile, con le dovute cautele, ad alcuni, circoscritti, profili della disciplina di carattere processuale.

In quest'ambito si collocano, certamente, le norme che riguardano gli effetti del contenzioso sul procedimento sostanziale di affidamento.

Nessun dubbio, poi, si pone in relazione alla legittimità delle disposizioni che regolano gli effetti sul processo delle comunicazioni e della pubblicità degli atti di gara.

Molto più problematica è la conformità alla delega delle disposizioni che:

- Modificano l'ambito applicativo dell'art. 120 del CPA, o altri aspetti del rito, non direttamente correlati alle disposte innovazioni sostanziali;

- Ampliano il perimetro oggettivo della giurisdizione amministrativa;

- Riformano la disciplina dell'azione risarcitoria per equivalente;

- Introducono il nuovo rito speciale in materia di accesso alle offerte (art. 36).

Per riconoscere la conformità alla delega di queste disposizioni si potrebbe sostenere che la legge n. 78/2022 ha, in fondo, un oggetto amplissimo, contemplando l'intero universo dei contratti pubblici. Se è carente un criterio specifico concernente la tutela giurisdizionale in senso stretto, non vi sarebbe, però, nemmeno un divieto assoluto di incidere su questi profili.

Non si dovrebbe dimenticare, del resto, che il criterio cardine della delega, consistente nel fedele adeguamento al diritto dell'Unione europea, costituisce la base per razionalizzare tutte le disposizioni legislative in materia di contratti pubblici, comprese quelle di natura processuale.

In ogni caso, alcuni degli interventi sul processo, racchiusi nel decreto n. 36/2023, hanno una funzione di semplice correzione formale del testo previgente o perseguono una finalità meramente chiarificatrice, diretta a recepire indirizzi giurisprudenziali consolidati, o a sciogliere alcuni precedenti dubbi interpretativi.

In quest'ottica, allora, le modifiche delle regole processuali si potrebbero inscrivere nella logica di semplificazione, che caratterizza l'intero impianto normativo e vincola puntualmente l'esercizio della delega.

2. *La tecnologia nel processo: il ruolo del PAT*

Ma l'innovazione riguarda anche un altro profilo, di assoluto rilievo, concernente le innovazioni riguardanti la *tecnologia nel processo*, in senso stretto, anche in correlazione alla digitalizzazione sostanziale delle procedure di gara.

Nell'ordinamento vigente, oltre al consolidarsi del processo amministrativo telematico (PAT), si sono sperimentate con successo le udienze a

distanza, che continueranno, nei prossimi anni, al preciso scopo di smaltire l'arretrato. Si tratta di un aspetto che non ha soltanto ricadute pratiche, ma risulta importante soprattutto sul piano culturale.

È evidente che un giudice amministrativo ormai stabilmente abituato all'uso quotidiano degli strumenti innovativi e alla loro periodica implementazione assume un atteggiamento di massima apertura e incoraggiamento alla promozione dell'innovazione tecnologica in una dimensione più vasta, che comprende anche il settore dei contratti pubblici.

È certamente noto il dibattito circa lo spazio che deve essere assegnato ai processi "a distanza", a fronte del principio, anche di rango europeo, della pubblicità delle udienze e dell'opportuna dialettica "in presenza" con le parti e con il giudice.

Al proposito, le posizioni espresse dal foro e dalla stessa magistratura risultano piuttosto articolate. Con realismo, tuttavia, si potrebbe ritenere che l'espansione del rito telematico, se finalizzato ad ampliare le occasioni di contraddittorio, agevolando la rapida celebrazione di udienze e di camere di consiglio, potrebbe davvero costituire un modo di accentuazione del principio di effettività della tutela delle parti.

Al momento, tuttavia, la riscrittura del rito appalti non ha modificato l'assetto esistente, confermando le regole generali, in forza delle quali, al di fuori dei casi di definizione dell'arretrato, le udienze in materia di contratti pubblici dovranno svolgersi sempre "in presenza".

Le innovazioni tecnologiche, tuttavia, potrebbero essere particolarmente utili in un'altra direzione, forse ancora sottovalutata.

Deve essere considerata con la massima attenzione, infatti, la nuova interessante prospettiva dell'utilizzo sistematico degli strumenti informatici per il monitoraggio del contenzioso. In questo modo potrebbe essere concretamente avviata una moderna metodologia di gestione del contenzioso, capace di allargare la conoscenza complessiva del quadro di riferimento, su scala nazionale, in termini qualitativi e quantitativi.

La corretta informazione, in tempo reale, in ordine al tipo di controversie esaminate dal giudice amministrativo, può contribuire in modo determinante ad individuare criticità e patologie del sistema sostanziale dei contratti pubblici.

In questo senso merita di essere segnalata anche la previsione, racchiusa nel nuovo art. 120 del CPA, riguardante l'obbligo di indicare in tutti gli atti di parte e del giudice il CIG (codice identificativo di gara).

L'utilità della prescrizione è indubitabile, ancorché non sia prevista alcuna conseguenza derivante dalla omissione, né per le parti, né per il giudice.

La possibilità di integrare gli atti del giudice con il procedimento di correzione è senz'altro un rimedio opportuno, ma forse ancora insufficiente. Né sembra legittimo ipotizzare che, in mancanza di norme *ad hoc*, il giudice possa tenere conto dell'omissione realizzata dalla parte nell'ambito della decisione relativa alle spese di lite.

È però plausibile ritenere che l'effettiva applicazione della regola possa essere assicurata, in concreto, mediante adeguati accorgimenti tecnici del processo telematico.

3. *I contratti a contenuto innovativo e il sindacato del giudice amministrativo*

Un secondo profilo problematico del rapporto fra innovazione e giurisdizione amministrativa riguarda un tema particolarmente complesso, che attiene al sindacato del GA sui contratti aventi per oggetto soluzioni innovative di tipo tecnologico.

Questo è un capitolo di sicura difficoltà e che meriterebbe di essere approfondito in tutte le sue sfaccettature. Tuttavia, vanno evidenziati alcuni dei risultati già acquisiti, indicativi di una precisa tendenza del giudice ad assumere un atteggiamento più "sostanzialista", capace di rafforzare la tutela del confronto concorrenziale sulla qualità delle offerte, anziché su altri aspetti marginali della procedura di affidamento.

In questo senso, il rilievo dell'importantissimo principio del risultato, sancito dall'articolo 1 del codice potrebbe risultare determinante: occorre sempre considerare l'obiettivo del "migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo".

È ormai sulla via del tramonto il contenzioso incentrato su irregolarità formali o procedurali; si è invece intensificato il contenzioso che ha per oggetto la valutazione tecnica delle offerte o della *lex specialis* di gara.

In questa direzione si pone, del resto, il chiaro rafforzamento della regola (ora assunta al rango di principio generale del codice) della tassatività delle cause di esclusione, sancito dall'articolo 10.

Si tratta dell'articolo 10, comma 2, il quale stabilisce la regola secondo cui "*Le cause di esclusione di cui agli articoli 94 e 95 sono tassative e integrano di diritto i bandi e le lettere di invito; le clausole che prevedono cause ulteriori di esclusione sono nulle e si considerano non apposte*".

La norma, collocata nell'ambito dei principi, all'evidente scopo di enfatizzarne il rilievo, recepisce, ma con una significativa modifica testuale, la previsione originaria dell'articolo 83, comma 8, ultimo periodo,

del codice n. 50/2016, secondo cui “*I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle*”.

La differenza rispetto alla disciplina previgente è visibilmente originata dall'esigenza di adeguare la disciplina scritta al diritto giurisprudenziale scaturito dai principi espressi dall'Adunanza Plenaria, con la nota decisione n. 22 del 2020.

Secondo la citata pronuncia, la nullità della clausola, ai sensi dell'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016, configura un'ipotesi di nullità parziale, limitata alla clausola emanata in contrasto con la legge, da considerare non apposta, che non si estende all'intero provvedimento, il quale conserva natura autoritativa.

Per comprendere la portata del principio affermato, è opportuno sottolineare che, secondo la pronuncia, rientra nel campo di applicazione dell'articolo 83, comma 8, la clausola del disciplinare di gara che subordini l'avvalimento dell'attestazione SOA alla produzione, in sede di gara, dell'attestazione SOA anche della stessa impresa ausiliata.

La decisione afferma che siffatta clausola si pone in contrasto con gli artt. 84 e 89, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016. Aggiunge, peraltro, che tale violazione si colloca all'interno della previsione di cui all'art. 83, comma 8, costituendo una “prescrizione” a pena di esclusione, non prevista dal codice.

La Plenaria, poi, spiega quali siano le conseguenze derivanti dall'accertata “non apposizione” della clausola della *lex specialis* di gara, con riferimento ai successivi atti della stazione appaltante, applicativi della clausola stessa. In particolare, la Plenaria individua la sorte dei concreti provvedimenti di esclusione, basati sulla clausola “non apposta” [non nulla].

Tali provvedimenti non sono nulli [nemmeno non apposti], ma annullabili. Ne deriva che essi devono essere impugnati con l'azione generale di annullamento, nel termine decadenziale previsto dall'art. 120.

In sintesi, la Plenaria ha preliminarmente assegnato una portata molto ampia alla previsione dell'art. 83, comma 8, interpretando la locuzione “prescrizioni”. Questa dizione non riguarda le sole regole formali dei bandi di gara in senso stretto, quali le modalità di presentazione delle offerte e le altre prescrizioni sullo svolgimento della gara imposte ai partecipanti, ma comprende anche le clausole relative ai requisiti sostanziali di partecipazione.

Nel caso di specie, la prescrizione riguardante l'onere (stabilito a pena di esclusione) di presentazione dell'attestazione SOA dell'impresa

ausiliata non riguarda solo il dato materiale e formale della produzione del documento probatorio, ma attiene al requisito sostanziale, relativo alla effettiva titolarità dell'attestazione.

La Plenaria ha poi delineato la nozione di "non apposizione" (parziale) della clausola *contra legem*, ai sensi dell'art. 83, comma 8, affermando non solo che essa non deve essere contestata con l'azione di annullamento (come è del tutto pacifico), ma anche che essa non deve essere nemmeno impugnata con l'azione generale di nullità, prevista dall'art. 30 del CPA.

Ha però evidenziato che il provvedimento applicativo della clausola considerata "non apposta" deve essere impugnato con l'azione di annullamento, perché non può considerarsi nullo. La Plenaria, infatti, ha respinto la tesi, pure prospettata dall'ordinanza di rinvio, dell'invalidità [nullità] derivata: per la Sezione remittente, il provvedimento applicativo di un atto presupposto nullo non può che essere, a sua volta, nullo.

Il nuovo articolo 10 si allinea, decisamente, alla tesi della Plenaria, dando cittadinanza legislativa, anche nel campo amministrativo, alla categoria della nullità parziale, con effetto di "non apposizione".

La stessa disposizione stabilisce, peraltro, alcune ulteriori innovazioni. Si possono svolgere, al riguardo, le seguenti osservazioni.

È assai probabile che il citato articolo 83, comma 10, e i suoi immediati antecedenti legislativi, intendessero stigmatizzare essenzialmente (e forse soltanto) le cosiddette "clausole della ceralacca", ossia le prescrizioni meramente formali, sancite a pena di inammissibilità delle offerte, che provocavano, in passato, notevole contenzioso, dagli esiti incerti.

Si trattava delle prescrizioni riguardanti, in particolare, le modalità di chiusura e sigillamento delle buste recanti le offerte, la documentazione a corredo, il "formato" delle pagine, l'utilizzazione di moduli predisposti dalla stazione appaltante, oppure del mezzo di invio, dell'orario di consegna.

Al riguardo, la casistica era sterminata e l'evoluzione della giurisprudenza era risultata piuttosto complessa.

L'orientamento prevalente era sintetizzabile in questi punti:

a) La stazione appaltante è titolare di un amplissimo potere di regolare *ex ante* le modalità formali di presentazione delle offerte;

b) Tuttavia, le clausole devono essere ragionevoli e non possono rendere impossibile o eccessivamente difficoltosa la presentazione delle offerte o creare effetti discriminatori;

c) Nel dubbio, dette clausole vanno interpretate in modo da garantire la più ampia partecipazione dei concorrenti;

d) Dette clausole possono essere impugnate congiuntamente al provvedimento di esclusione, poiché non sono inquadrabili nell'ambito delle clausole "escludenti", soggette all'onere di immediata impugnazione.

In tale quadro interpretativo, sufficientemente chiaro, tuttavia, le imprese erano costrette a dedicare un'attenzione sproporzionata alle regole formali della gara e il rischio di contenzioso era molto forte.

Da qui la scelta legislativa di eliminare in radice il potere delle stazioni appaltanti di stabilire prescrizioni formali a pena di esclusione.

La soppressione integrale di tale facoltà si accompagna all'espressa previsione della nullità, e non già della mera annullabilità, di siffatte clausole.

In questa vicenda normativa, la sanzione forte della nullità, invece, non sembrava immediatamente estensibile alle clausole del bando aventi per oggetto i requisiti sostanziali di ammissione delle offerte o dei concorrenti. Non pareva riguardare, fra l'altro, le clausole riguardanti l'utilizzabilità dello strumento dell'avvalimento.

Il nuovo testo legislativo, aderendo alla ricordata interpretazione della Plenaria, segue una strada del tutto diversa e considera, in generale, tutte le "cause di esclusione" e non "le prescrizioni a pena di esclusione". Il mutamento lessicale della disciplina è evidente.

Non dovrebbero esserci più dubbi, quindi, che, ora, la nullità comprende sia le clausole riguardanti prescrizioni formali del bando, in senso stretto, stabilite "a pena di esclusione", sia clausole riferite alle cause di esclusione e, simmetricamente, ai requisiti di partecipazione.

La formulazione prescelta dal legislatore, tuttavia, lascia intatto un dubbio interpretativo, riguardante l'esatta portata della norma.

A stretto rigore, infatti, l'articolo 10 si riferisce testualmente alle sole "cause di esclusione": l'espressione è ripetuta due volte.

Sul piano rigorosamente letterale, quindi, la disposizione parrebbe riguardare soltanto i casi in cui la clausola stabilisca che l'operatore economico vada escluso, in presenza di determinate circostanze.

Non contemplerebbe, invece, le ipotesi in cui le clausole prevedano i requisiti positivi di ammissione.

Si può ragionevolmente ritenere, tuttavia, che la norma, intesa nella sua *ratio* e non soltanto nella sua lettera, consideri, insieme alle ipotesi (peraltro non frequenti) in cui il bando stabilisce, negativamente, l'esclusione di concorrenti mancanti di determinate condizioni, anche il caso simmetrico in cui la clausola stabilisca positivamente determinati requisiti di ammissione alla gara.

È questa, del resto, proprio l'ipotesi considerata dalla citata Plenaria del 2020: la clausola contestata non prevedeva affatto una "causa di esclusione", ma disciplinava, positivamente, i requisiti di ammissione alla gara, mediante l'avvalimento, imponendo la titolarità dell'attestazione SOA anche in capo all'impresa ausiliata.

Ciò chiarito, è piuttosto evidente, allora, la portata dirompente della norma.

Se si intende correttamente il testo legislativo, ora tutte le clausole "escludenti" *contra legem* sono da considerare "non apposte": pertanto non sono soggette all'onere di immediata impugnazione, né con l'azione di annullamento, né mediante l'azione di nullità.

Benché la nuova norma non lo dica espressamente, peraltro, dovrebbe restare fermo il principio enunciato dalla Plenaria. Nonostante l'effetto di "non apposizione" della clausola, la parte interessata ha sempre l'onere di impugnare l'eventuale atto applicativo di esclusione, nel termine decadenziale di trenta giorni, decorrente dalla sua conoscenza legale.

Quali sono le concrete conseguenze del nuovo assetto normativo?

Non vi è dubbio che il descritto risultato ermeneutico abbia il pregio di sottolineare la cogenza della regola di tassatività delle cause di esclusione, regola che il Codice n. 36/2023 eleva addirittura al rango di principio generale.

Resta però da chiedersi se, in tal modo, non risulti eccessivamente sacrificata l'esigenza di certezza sul corretto svolgimento della gara, esigenza che è stata costantemente alla base della costruzione giurisprudenziale della categoria delle "clausole escludenti" del bando e del correlato onere di immediata impugnazione gravante sui concorrenti.

L'originaria disciplina dell'art. 83, comma 10, riferita alla nullità delle (sole) prescrizioni formali non comportava le indicate criticità, poiché, all'epoca, era assolutamente pacifico che le clausole riguardanti le modalità di presentazione delle offerte non avessero carattere immediatamente lesivo.

Ora, se, come è probabile, resterà ferma la conclusione della Plenaria secondo cui i provvedimenti di esclusione basati su una clausola di bando considerata "non apposta" sono annullabili, il risultato finale della riforma sembra risolversi nella sostanziale eliminazione (o, per lo meno, del drastico ridimensionamento) della categoria delle "clausole escludenti" soggette all'onere di immediata impugnazione.

È difficile giudicare se questa conclusione avrà, o meno, effetti benefici sull'efficienza della gara: la maggiore tutela apprestata al concor-

rente ingiustamente escluso comporterà, inevitabilmente, un significativo differimento della decisione sulla legittimità della clausola.

Inoltre, non può trascurarsi che, in passato, la costruzione giurisprudenziale della figura della clausola escludente e del correlato onere di immediata impugnazione non sembrava porsi in contrasto con i principi relativi all'effettività della tutela.

Ora, il risultato ermeneutico della irrilevanza dei vizi meramente formali è largamente acquisito e, simmetricamente, assume rilievo il potere del giudice di verificare i contenuti sostanziali delle procedure di gara.

Il giudice sembra avere ormai abbandonato i dogmi della insindacabilità della discrezionalità tecnica, anche se si registrano tuttora, in concreto, orientamenti interpretativi non perfettamente omogenei e sovrapponibili.

La competizione davanti al giudice amministrativo attiene sempre più spesso alla qualità delle prestazioni, anziché agli aspetti formali delle procedure o ai requisiti soggettivi degli operatori economici. Si pensi, sul piano statistico, al numero crescente delle verificazioni e consulenze tecniche disposte oggi dal giudice amministrativo.

4. *La maggiore discrezionalità delle stazioni appaltanti, l'accelerazione delle procedure e la digitalizzazione*

Un altro elemento chiave che contrassegna il codice n. 36/2023, certamente correlato all'idea di base della semplificazione amministrativa, riguarda l'opzione di aumentare notevolmente la discrezionalità delle stazioni appaltanti in tutte le fasi amministrative preordinate alla scelta del contraente.

Anche questo punto, estremamente controverso anche alla luce delle osservazioni compiute al riguardo dall'ANAC, costituisce l'esito di un approfondito dibattito tra gli attori pubblici e privati operanti del settore ed è destinato a formare oggetto di ulteriore dibattito.

Non vi è dubbio che l'impostazione seguita ora dal legislatore risulta la più aderente alle linee portanti della disciplina europea. La maggiore discrezionalità riconosciuta alle stazioni appaltanti, quindi, può considerarsi come il portato necessario della rimozione, pressoché totale, del *goldplating*, ossia di quelle disposizioni nazionali che aggiungevano vincoli normativi non previsti dalle direttive europee.

Nell'ambito dei limiti legislativi espressamente stabiliti, le stazioni appaltanti devono essere messe in condizione di perseguire l'interesse

pubblico con la massima capacità di scelta, tra le diverse alternative lecite. Si intende, tuttavia, che la discrezionalità, anche nel campo dei contratti pubblici, non può significare arbitrio o libertà assoluta: valgono, al riguardo, tutte le acquisizioni giurisprudenziali in ordine al controllo giurisdizionale della discrezionalità, con precipuo riguardo al ruolo dell'istruttoria e della motivazione.

La maggiore responsabilizzazione delle stazioni appaltanti nella gestione delle procedure di affidamento, in ogni caso, non deve determinare un aumento dei rischi di fenomeni corruttivi e di inefficienze economiche o di limitazioni della concorrenza. In tal senso, la prevenzione è assicurata e rafforzata da un più ampio ricorso alla digitalizzazione, alla trasparenza degli atti e ad un sistema efficiente di qualificazione degli operatori economici e degli stessi soggetti affidanti.

In questo senso, del resto, è chiaramente percepibile, nella trama del codice, una nuova impostazione culturale, secondo cui la disciplina degli affidamenti degli appalti non deve essere più finalizzata (e pesantemente condizionata) allo scopo prevalente di “garantire la legalità”, attraverso minuziosi vincoli che possono alimentare la “paura della firma” dei funzionari, ostacolando l'efficiente sviluppo delle procedure.

Non a caso, tra i principi “forti” del codice, assume una posizione di rilievo il nuovo canone della “fiducia”, di cui all'art. 2.

Secondo tale articolo, infatti, “1. *L'attribuzione e l'esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici si fonda sul principio della reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici*”.

Inoltre, in base al comma 2, “*Il principio della fiducia favorisce e valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato*”.

Si tratta di un criterio da valorizzare, proprio nella corretta prospettiva di una disciplina non più animata dalla cultura del sospetto nei riguardi delle imprese e delle stazioni appaltanti, ma, appunto, “fiduciosa” nella fisiologica attuazione delle regole del mercato dei contratti pubblici.

5. *L'accelerazione delle procedure e la tutela degli interessi pubblici*

Un altro criterio basilare che percorre la nuova disciplina è costituito dalla effettività del principio di accelerazione, intesa come massima velocizzazione delle procedure e della loro esecuzione, ma non solo “sulla carta”, come ben sottolinea la relazione illustrativa.

Il tema della velocizzazione delle opere pubbliche non è certamente nuovo, perché riguarda una delle criticità strutturali della contrattualistica pubblica. Le ragioni dei ritardi nello svolgimento delle procedure e nella conclusione degli appalti, oltretutto, sono molteplici e hanno formato oggetto di attento studio, anche in tempi recenti.

Le cause dell'inefficienza, evidentemente, non sono solo di carattere "normativo". Tuttavia, il codice, con alcuni mirati interventi, ha inteso correggere i difetti più evidenti del sistema, anche mediante la ragionata riduzione dei termini, considerando realisticamente la loro concreta "fattibilità", e, soprattutto, perseguendo il duplice obiettivo di garantire, assieme alla rapidità delle procedure, anche la certezza nei tempi di affidamento, esecuzione e pagamenti alle imprese.

Un ulteriore aspetto di particolare importanza che qualifica il codice riguarda il ruolo assunto dalla già citata digitalizzazione, completa, delle procedure e la interoperabilità delle piattaforme.

Questo profilo di modernizzazione tecnica dell'attività amministrativa e contrattuale è destinato ad assumere un ruolo centrale nel nuovo assetto, considerando la molteplicità degli obiettivi positivi che può realizzare un'efficace informatizzazione.

Attraverso questi strumenti, infatti, il lavoro delle stazioni appaltanti e gli oneri degli operatori economici sono alleggeriti e semplificati. Inoltre, il sistema informatico è destinato a costituire uno strumento formidabile per assicurare la massima visibilità delle procedure e il loro monitoraggio, anche attraverso l'accesso civico.

Non si può trascurare, poi, che la previsione di regole riguardanti la piena ed immediata "messa a disposizione" informatica degli atti di gara e di esecuzione degli appalti avrà effetti benefici sulla limitazione del contenzioso, permettendo di coniugare il principio di pienezza della tutela delle parti con l'esigenza di rapida definizione del giudizio, e superando le incertezze derivanti dalla imprecisa normativa contenuta nel codice del 2016.

Il codice, pur assegnando all'accelerazione delle procedure un rilievo primario, non trascura affatto la necessità di proteggere altri valori centrali, anche di rilevanza costituzionale, che, non espressamente contemplati dalla normativa comunitaria, devono però completare la disciplina degli affidamenti e dell'esecuzione dei contratti.

Mantengono il loro risalto, pertanto, le disposizioni di tutela dei lavoratori, riguardanti l'applicazione dei contratti collettivi nazionali di lavoro, le "clausole sociali", le regole in materia di subappalto: una plura-

lità di disposizioni che, senza contraddire il canone del divieto del *gold-plating*, contribuiscono all'efficienza del sistema.

Sul versante della piena "tutela" delle imprese, il codice sviluppa e precisa alcune delle linee di intervento emerse recentemente in precedenti interventi legislativi.

Così, già in fase di affidamento, emergono le norme dirette a incoraggiare le piccole e medie imprese (ad esempio, attraverso le prescrizioni relative alla suddivisione in lotti).

In sede di esecuzione, poi, accanto alle regole "tradizionali", relative alla revisione dei prezzi (peraltro, ampiamente riviste e modernizzate), vanno segnalate le disposizioni che ammettono, con maggiore larghezza, la possibilità di "rinegoziazione" dei contratti.

6. *La digitalizzazione e le modalità procedurali innovative delle gare*

Un ulteriore aspetto del rapporto tra innovazioni tecnologiche, giurisprudenza ed effettività della tutela riguarda lo sviluppo copioso, ma molto recente, del contenzioso riguardante gli aspetti innovativi dei procedimenti di gara. Si tratta, in particolare, delle questioni sorte nell'ambito delle procedure di cui all'art. 58 del Codice dei contratti pubblici previgente, sulle gare svolte mediante piattaforme telematiche.

Fino a non molto tempo fa, di queste gare se ne facevano poche. Ora le procedure sono diventate più frequenti e ciò ha determinato la formazione di una giurisprudenza molto ricca e varia, chiamata ad affrontare temi inediti.

Le sentenze affrontano spesso problemi molto specifici e gli esiti riguardano frequentemente profili di fatto. Tuttavia, pur considerando la peculiarità delle singole decisioni, all'interno di questa nuova giurisprudenza è possibile leggere una precisa linea di tendenza, che manifesta un certo favore per i caratteri innovativi delle procedure telematiche.

In tal senso si pongono alcune decisioni, particolarmente significative.

Anzitutto, il Tar Campania, in una interessante decisione, ha dichiarato illegittima la clausola del bando che poneva gli oneri della piattaforma telematica a carico dell'aggiudicatario¹.

È una decisione che potrebbe apparire scontata: come si fa a pensare che innovazione tecnologica debba rappresentare un costo aggiuntivo per l'amministrazione, da porre a carico dell'operatore economico

¹ TAR Campania, sez. Salerno, 2 gennaio 2021 n. 1.

vincitore della gara? E, tuttavia, la pronuncia mette in luce la fatica, la resistenza delle stazioni appaltanti ad usare nuovi strumenti, a fronte di un atteggiamento più aperto del GA, che considera la gara telematica come una procedura ordinaria e non come un costo aggiuntivo a carico delle amministrazioni.

Un'altra decisione significativa evidenzia la legittimità e la “normalità” dell'attività effettuata mediante l'uso tecnologico degli strumenti informatici. Nel caso concreto, tra i motivi di censura proposti dall'operatore economico ricorrente nei confronti dei risultati gara, si contestava il fatto che la commissione di gara avesse lavorato a distanza (*smart working*)². La tesi del ricorrente si incentra, quindi, sulla necessità di tradizionali riunioni in presenza della commissione.

Il TAR ha buon gioco nel rispondere che se la procedura in contestazione è telematica, *a fortiori* i commissari possono riunirsi con la modalità del collegamento informatico da remoto.

L'atteggiamento che emerge dalla pronuncia dimostra non solo buon senso e preparazione giuridica, ma evidenzia anche l'effettivo assecondamento della tendenza al rafforzamento degli strumenti innovativi nella gestione delle gare.

7. *I possibili rischi del formalismo digitale*

Però, dall'esame di alcune decisioni in materia si prospetta una novità, ossia l'emersione molto recente di un contenzioso sul “formalismo digitale”.

Il sistema normativo e tecnico delle gare telematiche è ancora in evoluzione. Accanto alla novità della gara telematica (art. 58) si pongono le regole del CAD, le regole tecniche di AGID, le specificazioni delle singole stazioni appaltanti.

In questo quadro sono presenti ancora incertezze, perché non tutti padroneggiano le nuove regole, talvolta complesse nella loro dimensione propriamente tecnica. Ecco allora che taluno potrebbe cercare di individuare nelle pieghe della disciplina le possibili lacune e l'occasione di nuovo e difficile contenzioso.

Questa notazione deve far riflettere, in attesa di una verifica più puntuale sull'effettiva entità di questo nuovo tipo di controversie.

Infatti, l'idea di partenza è quella secondo cui le procedure telematiche dovrebbero garantire la massima certezza di tutti i passaggi proce-

² TAR Puglia, sez. Bari, 2 luglio 2021, n. 1125.

dimentali, riducendo, se non eliminando del tutto, il rischio di violazioni e di conseguenti impugnazioni. E, tuttavia, il fenomeno che si sta verificando è quello dell'apertura di una possibile nuova fonte di contenzioso.

Un esempio di questa moltiplicazione del contenzioso è costituito dal filone giurisprudenziale relativo alle impugnazioni delle esclusioni per ritardo dei caricamenti delle domande sulle piattaforme elettroniche.

Al riguardo, è auspicabile la celere formazione di soluzioni interpretative univoche.

Il TAR Milano, in una importante pronuncia, ha espresso il principio, in via di consolidamento, secondo cui è legittima l'esclusione dell'offerta presentata in ritardo se il ricorrente non dimostra il malfunzionamento della piattaforma³. È senz'altro una prova molto difficile da fornire. Così qualcuno ha provato a sostenere la tesi opposta: è la stazione appaltante in quanto gestisce la piattaforma che deve dimostrare che tutto funziona bene⁴.

Il Consiglio di Stato, dal canto suo, nell'aderire alla tesi finora prevalente, che fa ricadere l'onere della prova del malfunzionamento sul ricorrente, inquadra questa soluzione nel principio di autoresponsabilità dell'operatore economico.

In un caso esemplare, si considera l'evenienza non insolita del concorrente escluso che dice di aver cominciato a caricare i documenti due ore prima della scadenza del termine, ma non è riuscito a finire in tempo l'operazione⁵, contestando, per questa ragione, il provvedimento di esclusione. Il collegio non condivide la prospettazione del ricorrente escluso e dice che è un problema dell'operatore economico se decide autonomamente di effettuare un'offerta all'ultimo minuto, senza considerare il fisiologico tempo necessario per l'*upload* dei documenti.

Un contenzioso analogo è quello delle offerte escluse perché caricate su piattaforme con *file* illeggibili o che ammettono solo speciali modalità di deposito. Anche qui, la posizione del giudice è orientata nel senso di valorizzare il principio di autoresponsabilità, per cui spetta all'operatore economico usare *file* che possano funzionare nella procedura telematica in oggetto.

In particolare, si afferma che la procedura che prevede il caricamento delle offerte sulla piattaforma non può essere un surrogato con in-

³ TAR Lombardia, sez. Milano, 10 marzo 2022 n. 571.

⁴ Nello stesso senso: TAR Puglia, sez. Lecce, 2 febbraio 2022 n. 192.

⁵ Cons. Stato, sez. IV, 24 gennaio 2022 n. 448. Nello stesso senso: Cons. Stato, sez. V, 4 ottobre 2021 n. 6605, sez. III, 28 luglio 2020, n. 4795.

vio tramite PEC, non foss'altro perché in questo modo viene meno la segretezza delle offerte⁶.

8. *Procedure innovative telematiche e attività materiali della stazione appaltante*

Un altro tema interessante concerne l'interferenza fra procedura telematica e attività che il seggio di gara compie in modo cartaceo o materiale⁷. Secondo la giurisprudenza, se la stazione appaltante chiamata a rispondere alla richiesta di accesso ai documenti non deposita i *files*, ma la documentazione cartacea che contiene i documenti, comunque sta consentendo l'accesso. Pur facendo forse un po' *regredire* il procedimento da telematico a cartaceo, è una soluzione comunque ragionevole.

Una recente decisione del Consiglio di Stato ha il pregio di ricostruire le caratteristiche della procedura telematica, anche con riferimenti puntuali non solo alle norme ma anche su aspetti tecnici⁸.

La sentenza si riferisce ad una gara telematica in cui, però, si erano inseriti alcuni passaggi cartacei e materiali. La sentenza dice che queste attività non telematiche, svolte in “*modalità offline*” sono, al più, mere irregolarità che non inficiano la procedura telematica. La soluzione è condivisibile. Anche in questo caso, peraltro, sullo sfondo della controversia decisa si intravedono i rischi della diffusione di un contenzioso formalistico che ricorda, *mutatis mutandis*, il vecchio contenzioso sulla “*ceralacca*” sui lembi delle offerte non chiuse.

Un altro filone emerso in giurisprudenza verte sul tema dell'applicabilità del soccorso istruttorio alle procedure telematiche. Si tratta, peraltro, di un problema generale: non è chiarissima la normativa, ma anche le applicazioni che sono fatte in giurisprudenza. Anche alla luce del principio di leale collaborazione e buona fede ora sanciti dalla legge n. 241 del 1990⁹.

In relazione all'esclusione da procedura telematica per errori dell'operatore economico, si ritiene che la PA avrebbe dovuto consentire il

⁶ TAR Trento, 12 ottobre 2021 n. 156.

⁷ Cons. Stato, sez. V, 17 marzo 2022 n. 1951.

⁸ Cons. Stato, sez. V, 20 gennaio 2021 n. 623.

⁹ Art. 1, comma 2-bis, l. l. 7 agosto 1990, n. 241, *Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*, comma introdotto dall'art. 12, comma 1, lettera 0a), l. 11 settembre 2020, n. 120, *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: “I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede”*.

soccorso istruttorio¹⁰. Analoga posizione di maggiore tutela del privato che sbaglia, che può significare un pregiudizio dell'aggiudicatario e dello svolgimento della gara, anche se bisogna verificare i contenuti della *lex specialis* che può essere non adeguatamente predisposta, riconosce l'esigenza della tutela dell'affidamento del privato¹¹.

Altra questione affiorata in giurisprudenza, poi, è quella relativa alle modalità del soccorso istruttorio. È legittimo se attivato mediante una comunicazione PEC, ovvero avrebbe dovuto essere fatto unicamente mediante la piattaforma elettronica della gara? La Sezione V del Consiglio di Stato si orienta nel senso più aperto, ossia dell'equipollenza piena della PEC alla comunicazione effettuata per il tramite della piattaforma della gara¹².

9. *La digitalizzazione e il tema della decorrenza del termine di proposizione del ricorso di primo grado*

La nuova formulazione dell'art. 120 del CPA intende sciogliere, con la massima precisione l'intricato nodo della decorrenza del termine di notificazione del ricorso introduttivo.

La questione è di notevole complessità, come ben evidenziato dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria 2 luglio 2020 n. 12, la quale, dopo avere accuratamente ricostruito l'evoluzione della disciplina e della giurisprudenza in materia, ha cercato di fare chiarezza sul punto.

Si tratta, infatti, di conciliare due esigenze potenzialmente conflittuali:

a) Accertare, nel più breve tempo possibile, se il provvedimento è diventato inoppugnabile o ha formato oggetto di ricorso;

b) Assicurare la pienezza del diritto di difesa degli operatori economici;

Il migliore equilibrio tra le due contrapposte esigenze può ottenersi mediante un sistema che offra agli interessati la possibilità di conoscere agevolmente e rapidamente tutti gli atti della procedura.

Il nuovo codice ha agito decisamente in questa direzione, rivedendo nel dettaglio le regole in materia di pubblicità, accesso agli atti e comunicazioni.

Il disegno normativo, chiarissimo nel suo insieme, presenta ancora

¹⁰ Cons. Stato, sez. VI, 1° luglio 2021 n. 5008.

¹¹ Cons. Stato, sez. V, 2 agosto 2021 n. 5641.

¹² Cons. Stato, sez. V, 31 agosto 2021 n. 6132.

un certo grado di complessità e, forse, non risulta del tutto idoneo a risolvere definitivamente i problemi applicativi.

A parte alcuni interrogativi riguardanti il regime transitorio, che saranno approfonditi *infra*, le maggiori criticità emergenti dalla nuova normativa sono le seguenti.

A) Non è del tutto chiaro il rapporto tra le comunicazioni agli operatori economici, cui è obbligata la stazione appaltante, e la disponibilità telematica dei documenti di gara, con particolare riguardo alle ipotesi in cui il caricamento degli atti sulla piattaforma informatica sia incompleto o avvenga in ritardo.

B) Risultano incerte le conseguenze derivanti dalla soppressione dell'espresso riferimento alla "conoscenza effettiva", quale presupposto alternativo alla conoscibilità legale degli atti, comunque idoneo a determinare la decorrenza del termine di ricorso.

C) Non risulta individuata con sufficiente precisione la decorrenza del termine di ricorso in presenza di provvedimenti di secretazione delle offerte o di mancata disponibilità in favore dei concorrenti classificati oltre il quinto posto.

D) Non è adeguatamente chiarita la decorrenza del termine di proposizione del ricorso incidentale.

L'art. 120, comma 2, secondo periodo, prevede, anzitutto che "*il termine decorre, per il ricorso principale e per i motivi aggiunti, dalla ricezione della comunicazione di cui all'articolo 90 del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo di attuazione della legge n. 78 del 2022, oppure dal momento in cui gli atti sono messi a disposizione ai sensi dell'articolo 36, commi 1 e 2, del medesimo codice dei contratti pubblici*".

Nella sua prima parte, tale dizione intende individuare un'ipotesi puntuale di conoscibilità legale certa, correttamente ancorata alla nuova regolamentazione sostanziale delle comunicazioni, disciplinate nel dettaglio dall'art. 90 ("*Informazione ai candidati e agli offerenti*").

L'articolo indica, con precisione:

- I) Gli atti soggetti a comunicazione;
- II) I destinatari;
- III) Le modalità informatiche di adempimento dell'obbligo;
- IV) Il termine di effettuazione, stabilito in cinque giorni dall'adozione degli atti soggetti a comunicazione;
- V) Il contenuto.

10. *La decorrenza del termine e la “messa a disposizione degli atti”*

Il puntuale collegamento dell’inizio del termine di ricorso con la comunicazione *ex art. 90*, potrebbe risolvere, definitivamente, in modo univoco e chiaro, la questione della decorrenza.

Si tratterebbe solo di delineare meglio in quali casi la comunicazione, pur materialmente eseguita, non è idonea determinare la decorrenza, a causa della sua irregolarità o incompletezza.

Tuttavia, l’art. 120 del CPA aggiunge, accanto al riferimento alla comunicazione di cui all’art. 90, la previsione secondo cui il termine decorre *“oppure dal momento in cui gli atti sono messi a disposizione ai sensi dell’articolo 36, commi 1 e 2, del medesimo codice”*.

Il disegno legislativo, quindi, si complica mediante il riferimento, alternativo, alla conoscibilità degli atti, derivante dall’attuazione del richiamato art. 36, il quale stabilisce quanto segue.

“1. L’offerta dell’operatore economico risultato aggiudicatario, i verbali di gara e gli atti, i dati e le informazioni presupposti all’aggiudicazione sono resi disponibili, attraverso la piattaforma di approvvigionamento digitale di cui all’articolo 25 utilizzata dalla stazione appaltante o dall’ente concedente, a tutti i candidati e offerenti non definitivamente esclusi contestualmente alla comunicazione digitale dell’aggiudicazione ai sensi dell’articolo 90.

2. Agli operatori economici collocatisi nei primi cinque posti in graduatoria sono resi reciprocamente disponibili, attraverso la stessa piattaforma, gli atti di cui al comma 1, nonché le offerte dagli stessi presentate”.

In questo quadro, occorre allora interrogarsi sul significato della formula contenuta nell’art. 120, con particolare riguardo alla previsione secondo cui la decorrenza è correlata, alternativamente e disgiuntamente, alla comunicazione *ex art. 90* e alla messa a disposizione degli atti *ex art. 36*.

La dizione legislativa sembra trascurare che, a stretto rigore, la comunicazione di cui all’art. 90 e la “messa disposizione” degli atti di cui all’art. 36 dovrebbero essere contestuali.

Sicché, per rendere coerente il sistema, la decorrenza avrebbe dovuto essere riferita, congiuntamente e cumulativamente, alla comunicazione, purché accompagnata dalla messa a disposizione degli atti.

A fronte della diversa formula lessicale adottata dall’art. 120, quindi, si tratta di stabilire come vada identificata, in concreto, la decorrenza del termine.

Schematicamente, potrebbero verificarsi tre differenti situazioni.

– A) La stazione appaltante rispetta correttamente entrambi gli articoli 90 e 36, provvedendo alla regolare e puntuale comunicazione e alla contestuale messa a disposizione integrale degli atti della procedura;

– B) La stazione appaltante effettua esattamente la comunicazione *ex art.* 90, ma omette o ritarda la messa a disposizione degli atti ai sensi dell'art. 36;

– C) La stazione appaltante non esegue regolarmente la comunicazione prevista dall'art. 90, ma, ciò nonostante, provvede alla corretta messa a disposizione degli atti *ex art.* 36.

Nell'ipotesi A) non sembrano esserci problemi applicativi. Il termine per la proposizione del ricorso inizia senz'altro a decorrere a partire dal momento in cui risulta realizzato il contestuale adempimento dei due obblighi gravanti sulla stazione appaltante.

Nell'ipotesi di cui alla lettera B), la lettera dell'art. 120 induce a ritenere che la comunicazione sia idonea, comunque, a determinare la decorrenza del termine, benché gli atti della procedura non siano stati ancora resi disponibili.

Questo esito, però, si pone in frontale conflitto con i principi della giurisprudenza comunitaria e con quanto statuito dall'Adunanza Plenaria.

È allora inevitabile una lettura teleologica della norma. Pertanto, nonostante l'intervenuta comunicazione di cui all'art. 90, il termine per la proposizione del ricorso non può decorrere fino a quando l'amministrazione non abbia puntualmente messo a disposizione tutti gli atti di gara in conformità a quanto prescritto dall'art. 36.

A tale conclusione si perviene osservando che lo stesso articolo 90 prevede che la comunicazione debba indicare le modalità di accesso agli atti resi disponibili.

Si potrebbe arrivare alla medesima conclusione sostenendo che la comunicazione incompleta non fa decorrere il termine.

In assenza di tale effettiva disponibilità, la comunicazione deve reputarsi incompleta e inadeguata a determinare l'effetto tipico di inizio della decorrenza.

Ancora più problematica è l'ipotesi di cui alla lettera C). La formula testuale della disposizione dovrebbe intendersi nel senso che, in assenza della prescritta comunicazione, anche la sola messa a disposizione degli atti, determinandone comunque la conoscibilità legale, comporta l'inizio della decorrenza del termine di ricorso.

Anche questo esito non convince. Il "caricamento" degli atti nella piattaforma informatica consente all'operatore economico l'immediato accesso. Tuttavia, fino a quando non è effettuata la formale comunica-

zione dell'atto, la sua conoscibilità è solo potenziale. Né si può pretendere che l'operatore controlli costantemente il contenuto della piattaforma stessa e il suo eventuale aggiornamento.

Potrebbe accadere, peraltro, che, indipendentemente dalla esistenza, o meno, di un onere di controllo sui contenuti della piattaforma informatica, sia dimostrato che l'operatore economico abbia concretamente effettuato un accesso, acquisendo contezza degli atti caricati dalla stazione appaltante.

Potrebbe accadere, inoltre, che l'operatore economico "prelevi" direttamente il documento informatico caricato sulla piattaforma.

Tali eventualità pongono in rilievo una questione ulteriore, riguardante la possibile rilevanza della conoscenza effettiva degli atti, ai fini della decorrenza del termine di ricorso, in mancanza di formale comunicazione.

11. *La soppressione del testuale riferimento alla "conoscenza effettiva" come fatto idoneo a determinare la decorrenza del termine di ricorso*

La nuova formulazione dell'art. 120, infatti, apre un problema interpretativo più generale (e forse più grave), collegato alla intervenuta soppressione dell'inciso (contenuto nella precedente versione dell'articolo), secondo cui, "in ogni altro caso", il termine per la proposizione del ricorso decorre dalla "conoscenza dell'atto".

La relazione di accompagnamento al Codice n. 36/2023 nulla spiega in ordine alla effettiva portata della variazione testuale, destinata ad assumere un relevantissimo impatto pratico.

Essa potrebbe assumere due significati antitetici.

– Per una prima tesi, si tratta di una modifica sostanziale, diretta a semplificare la soluzione della questione della decorrenza. Ora, soltanto la comunicazione *ex art. 90*, oppure la "messa a disposizione" degli atti *ex art. 36* (sia pure con le ricordate criticità) possono comportare l'inizio della decorrenza del termine. Non vi è più spazio per fatti equipollenti, come la conoscenza effettiva dell'atto.

– Per una seconda opinione la soppressione dell'inciso costituisce un mero alleggerimento formale dell'art. 120, destinato ad eliminare l'inutile richiamo ad una regola generale, comunque applicabile in virtù della regola del rinvio interno.

In passato, peraltro l'espressione "*in ogni altro caso*" poteva intendersi come riferita ai soli casi di impugnazione di atti diversi da quelli

soggetti agli obblighi di comunicazione o pubblicazione (ma sembra difficile individuare queste ipotesi e, comunque, la giurisprudenza non ha seguito tale lettura).

È molto probabile che l'intenzione del legislatore delegato sia stata quella di definire con chiarezza la questione della decorrenza del termine, eliminando una cospicua fetta di contenzioso riguardante la verifica di tempestività del ricorso svolta accertando la sussistenza, o meno della conoscenza effettiva degli atti. Si pensi alla lunga diatriba sulla rilevanza della partecipazione dei rappresentanti delle imprese alle sedute del seggio di gara, ai fini della conoscenza dei provvedimenti e della correlata decorrenza dei termini di ricorso.

Non è scontato, però, che l'interpretazione della giurisprudenza condurrà a questo risultato, che avrebbe potuto essere raggiunto, con certezza, soltanto attraverso la previsione esplicita della irrilevanza della conoscenza effettiva.

Al riguardo, è utile ricordare l'evoluzione normativa che aveva portato alla previgente formulazione dell'art. 120.

Il decreto legislativo n. 53/2010, modificando il codice n. 163/2010, aveva disciplinato, a suo tempo, la decorrenza del termine di ricorso, ancorandola testualmente alla sola comunicazione, senza prevedere espressamente la salvezza della conoscenza effettiva.

Secondo la giurisprudenza, tuttavia, la regola della conoscenza effettiva assumeva, comunque e sempre, portata generale, trovando applicazione anche nel rito speciale introdotto dal decreto legislativo n. 53/2010.

Pertanto, alla luce del diritto vivente, il codice del processo amministrativo aveva ritenuto di esplicitare che anche nel rito speciale *ex art. 120* opera la regola generale che attribuisce rilievo alla conoscenza effettiva.

Ora la nuova formulazione dell'art. 120 ripropone una problematica del tutto analoga a quella riguardante la disciplina di cui al citato decreto legislativo n. 53/2010.

Non è pronosticabile quale soluzione interpretativa risulterà alla fine prevalente, ma è molto probabile che, anche in sede giurisprudenziale, emergeranno i contrasti.

12. *La decorrenza del termine di ricorso in presenza di atti secretati, ai sensi dell'art. 35 del Codice n. 36/2023. L'incompleto coordinamento con l'art. 120 e la previsione dell'art. 36, comma 9*

Va poi precisato che, per complicare il quadro, la decorrenza di cui all'art. 120 del CPA resta ferma anche nel caso in cui siano stati secretati

i documenti allegati alle offerte, per ragioni di riservatezza. Ciò è esplicitamente stabilito dall'art. 36, comma 9, del Codice n. 36/2023, in riferimento all'accesso ai documenti: "9. *Il termine di impugnazione dell'aggiudicazione e dell'ammissione e valutazione delle offerte diverse da quella aggiudicataria decorre comunque dalla comunicazione di cui all'articolo 90*".

La dislocazione di tale ultima importantissima previsione in una fonte diversa dall'art. 120 del CPA (anzi, addirittura fuori dal codice del processo amministrativo) avrebbe dovuto essere certamente evitata, per consentire un migliore coordinamento sistematico tra le diverse regole sostanziali e processuali.

Quanto meno, sarebbe stato necessario prevedere, all'interno dell'art. 120, un preciso rinvio alla disciplina dell'accesso, come disciplinato dagli articoli 35 e 36. Infatti, tale complessa regolamentazione appare finalizzata proprio allo scopo di definire con precisione il momento di decorrenza del termine di proposizione del ricorso.

Il problema più grave posto dall'art. 36, comma 9, peraltro, non riguarda tanto la sua discutibile e infelice collocazione formale, quanto, piuttosto, il suo contenuto.

La disposizione, infatti, è destinata ad assumere effetti dirompenti sulla complessiva disciplina della decorrenza del termine di ricorso, ponendo seri interrogativi in relazione alla sua compatibilità con il diritto di difesa della parte interessata.

È noto che una fetta non marginale del contenzioso ruota intorno ai contenuti dell'offerta dell'aggiudicatario e può investire proprio i profili riservati di tale offerta.

Si pensi al caso frequente delle controversie riguardanti il giudizio di non anomalia dell'offerta dell'aggiudicatario, giudizio basato su giustificazioni espressamente collegate a componenti secretate dell'offerta stessa.

Il codice affronta questo complesso argomento, dettando una disciplina molto analitica, incentrata sui seguenti principi:

– È definito un criterio generale di larga accessibilità agli atti di gara, con riferimento anche all'accesso civico;

– È confermata la regola del differimento dell'accesso alle offerte;

– È confermata anche la previsione secondo cui non sono accessibili le componenti riservate delle offerte, fermo restando il diritto di accesso finalizzato alla tutela in giudizio;

– È introdotta la regola secondo cui la conoscibilità reciproca delle offerte, mediante il caricamento nella piattaforma informatica, è però soggettivamente circoscritta ai soli primi cinque graduati all'esito della gara;

– È stabilita la nuova regola secondo cui il provvedimento di “secretazione” delle offerte è soggetto all’onere di impugnazione da parte del soggetto interessato, mediante un apposito inedito rito accelerato;

– È però affermato che la pendenza del termine per il ricorso in materia di accesso e la pendenza del relativo giudizio non incidono mai sulla decorrenza del termine di ricorso avverso l’aggiudicazione, che resta ancorato alla comunicazione, come stabilito dal citato articolo 36, comma 9.

In altre parole, nelle ipotesi dei documenti secretati correlati alle offerte, l’interessato che intenda conoscerli, per valutare l’opportunità della proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l’aggiudicazione, ha a disposizione unicamente lo strumento del rito specialissimo in materia di accesso di cui all’art. 36.

Si trova, quindi, in una posizione molto svantaggiata, perché può vantare una pretesa all’accesso attivabile solo con lo strumento processuale, soggetto, peraltro, al brevissimo termine decadenziale di dieci giorni (vedi *infra*).

L’attivazione di tale giudizio, già di per sé gravosa, però, non ha alcun effetto sospensivo sul termine di proposizione del ricorso contro l’aggiudicazione, che decorre comunque dalla comunicazione, come chiarito dal citato articolo 36, comma 9. L’intervenuta conoscenza successiva dei documenti secretati, eventualmente ottenuta all’esito del giudizio, potrebbe determinare, tutt’al più, il presupposto per la valida proposizione di motivi aggiunti.

Il sistema legislativo così delineato è piuttosto complicato e non mancherà di alimentare discussioni.

Ad una prima sommaria valutazione, si deve ritenere che il legislatore, nella problematica composizione tra i diversi interessi in gioco, abbia accordato netta prevalenza all’esigenza di certa e rapida definizione del contenzioso, sacrificando le contrapposte ragioni di difesa.

Tale *ratio* è ben scolpita dalla disciplina racchiusa nell’art. 36, comma 9, che prevede la normale decorrenza del breve termine di ricorso contro l’aggiudicazione, anche in un’ipotesi nella quale è evidente l’incompletezza della conoscenza essenziale degli atti di gara, incompletezza riferibile proprio al nucleo centrale delle censure proponibili dall’interessato.

Per altro verso, la disciplina legislativa, per realizzare il divisato scopo dell’accelerazione, è vistosamente sbilanciata a favore dell’operatore economico (aggiudicatario) che faccia valere il proprio interesse alla riservatezza industriale e commerciale, a scapito delle contrapposte ragioni dell’impresa che vanti la pretesa alla trasparenza.

Per superare le indicate criticità potrebbero essere presi in considerazione alcuni correttivi alla disciplina introdotta dal codice.

I) Nel caso in cui il concorrente abbia proposto il ricorso per l'accesso, di cui all'articolo 36, il termine per il ricorso avverso l'aggiudicazione dovrebbe essere opportunamente sospeso, almeno fino alla decisione di primo grado. Coerentemente, la decorrenza del termine per la proposizione del ricorso andrebbe differito di dieci giorni, beninteso, nei soli casi in cui l'offerta dell'aggiudicatario sia stata secretata.

II) In una prospettiva più generale, andrebbe meglio delineato l'ambito in cui è lecita la secretazione, stabilendo con chiarezza che essa cede comunque il passo all'accesso, senza necessità di promuovere un giudizio, quando i documenti prodotti sono stati valutati dalla stazione appaltante ai fini dell'ammissione dell'offerta o dell'attribuzione del punteggio.

Da ultimo, non può trascurarsi un rilevante problema di diritto transitorio.

Il quadro della disciplina transitoria definito dal Codice n. 36/2023 è piuttosto complesso e si riflette anche sull'applicazione delle nuove regole processuali.

A) In linea generale, infatti, le disposizioni del codice, seppure entrate in vigore il 1° aprile 2023, acquistano efficacia il 1° luglio 2023 (art. 229, comma 2). Tra queste è compreso l'art. 209, che contiene la già illustrata riscrittura degli articoli 120, 121 e 124 del CPA.

B) Dette norme dovrebbero essere applicate, a partire dal 1° luglio, secondo il consueto criterio *tempus regit actum*, anche ai giudizi in corso, ma non agli atti compiuti secondo la normativa previgente. Non sono previste, infatti, norme specifiche riguardanti il regime transitorio delle regole processuali.

C) Tuttavia, a decorrere dalla data in cui il codice acquista efficacia, ai sensi dell'articolo 229, comma 2, le disposizioni di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016 continuano ad applicarsi esclusivamente ai procedimenti in corso (art. 226, comma 2). La disposizione indica, analiticamente, che cosa debba intendersi per "procedimenti in corso", utilizzando un criterio riferito ai profili sostanziali della vicenda.

D) Detto criterio conduce ad affermare che ai procedimenti in corso alla data del 1° luglio non si applicano le disposizioni di cui all'art. 10,

E) Peraltro, ai sensi dell'art. 225, acquistano efficacia, a partire dal 1° gennaio 2024 numerose disposizioni, tra le quali si devono segnalare tutte le norme (procedimentali e processuali) in materia di pubblicità e di accesso agli atti (ma non quelle concernenti le comunicazioni di cui al-

l'art. 90, che acquistano efficacia dal 1° luglio 2023, al pari delle disposizioni riguardanti il processo e i pareri di precontenzioso).

Proprio l'ultima scelta legislativa è destinata a provocare qualche serio problema applicativo, con riguardo alla disciplina concernente la precisa individuazione della decorrenza del termine di proposizione del ricorso.

Il punto critico è il seguente.

Il nuovo articolo 120 entra in vigore il 1° luglio 2023. La decorrenza del termine di ricorso però è correlata alla comunicazione di cui all'art. 90, *“oppure dal momento in cui gli atti sono messi a disposizione ai sensi dell'articolo 36, commi 1 e 2, del medesimo codice dei contratti pubblici”*.

L'art. 90 entra in vigore, anch'esso, il 1° luglio 2023, ma non è applicabile ai procedimenti in corso a tale data. Sicché, già sotto tale profilo, la nuova disciplina della decorrenza del termine è destinata a slittare in avanti, comprendendo solo i procedimenti iniziati a partire dal 1° luglio.

La disciplina dell'art. 36, invece, entra in vigore solo a partire dal 1° gennaio 2024 e, comunque, riguarda i soli procedimenti iniziati dopo tale data.

L'unica parte innovativa della norma che entra in vigore il 1° luglio 2023 è quella riguardante la soppressione della conoscenza effettiva quale fatto idoneo a determinare la decorrenza del termine.

In assenza di un'apposita normativa transitoria, il quadro che ne deriva è piuttosto confuso. La soluzione più semplice potrebbe essere la seguente.

La nuova disciplina della decorrenza del termine di ricorso è strettamente collegata alla nuova regolamentazione sostanziale delle comunicazioni e dell'accesso, che va considerata in modo unitario e inscindibile.

Ne deriva che essa potrà trovare applicazione solo quando dette regole saranno applicabili, tutte, a pieno regime. In sintesi: l'art. 120, nella parte riguardante la decorrenza del termine di ricorso, sarà applicabile soltanto ai procedimenti iniziati dopo il 1° gennaio 2024. Fino a tale data, pertanto, continua ad operare la previgente normativa, così come interpretata dall'Adunanza Plenaria.

13. *Conclusioni: il giudice amministrativo e la sfida aperta dell'innovazione. L'opportunità di limitati interventi correttivi del codice*

L'esame della giurisprudenza degli ultimissimi anni fa emergere due aspetti centrali, che possono essere sintetizzati in due proposizioni.

A. Da un lato, il giudice amministrativo sta assumendo un atteggiamento largamente favorevole all'innovazione tecnologica nello svolgimento della gara.

B. Dall'altro lato, però, vi è un certo rischio che possa alimentarsi un contenzioso ulteriore e inedito, originato da alcuni limiti normativi della disciplina delle gare telematiche.

Dunque, è opportuno verificare se il codice abbia effettivamente tenuto conto anche di queste problematiche, raggiungendo soluzioni normative chiare ed univoche, anche alla luce degli indirizzi emersi finora in giurisprudenza.

Come si è visto, peraltro, il codice, pur svolgendo straordinari passi in avanti nel senso della digitalizzazione delle procedure, non ha chiarito in modo del tutto soddisfacente il punto riguardante il rapporto con le modalità di tutela giurisdizionale, adottando soluzioni normative piuttosto complicate, fraintendendo l'esigenza di tutela della riservatezza industriale e commerciale degli operatori economici ed introducendo alcune complicazioni procedurali destinate a moltiplicare il contenzioso e attenuare la piena realizzazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale.

Per concludere, in attesa degli auspicabili interventi correttivi sul codice, si può senz'altro affermare che, almeno da parte del sistema della giustizia amministrativa, ci sono tutti i presupposti per accogliere pienamente gli auspici espressi dal Prof. J.B. Auby: l'innovazione nei contratti pubblici può e deve essere vero beneficio per le amministrazioni, in tutto il mondo, e per i loro cittadini.

ARISTIDE POLICE

LA TERRA, L'ARIA E IL FUOCO.
SPIGOLATURE SULLE INNOVAZIONI
PER L'EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA

SOMMARIO: 1. Premessa sui fisiologici limiti di ogni riforma legislativa. – 2. L'equilibrio di diversi elementi per il raggiungimento del “risultato”. – 3. La terra, ovvero della complessità del reale, della inutilità delle misure di semplificazione e della rilevanza della legalità di risultato. – 4. L'aria, ovvero della innovatività della tecnica come strumento di semplificazione della realtà. – 5. Il fuoco, ovvero della energia nella spinta riformatrice e dei suoi incentivi.

1. *Premessa sui fisiologici limiti di ogni riforma legislativa*

Le relazioni e gli interventi che si sono succeduti nella meravigliosa cornice della Sala di Pompeo a Palazzo Spada¹ dimostrano come in realtà il lavoro dei giuristi nella elaborazione delle norme del Codice dei contratti pubblici è stato senz'altro molto importante ma c'è una componente di quel lavoro che non è frutto dell'opera di giuristi, quanto piuttosto della competenza di altri operatori e studiosi che hanno consentito di introdurre strumenti, anche tecnici, che talvolta sono molto più risolutivi e determinanti per rendere non soltanto nella fisiologia il sistema più efficace, più rapido e capace di raggiungere il risultato di cui all'art. 1 del Codice dei contratti pubblici², ma anche per facilitare l'eventuale fase patologica, assicurando un efficace svolgimento (ed una più rapida conclusione) del processo amministrativo nelle controversie che hanno ad oggetto questa particolare materia.

¹ Il riferimento alle relazioni al Convegno che ha occasionato questo intervento e che sono raccolti nel presente volume. Un incontro di studi per il quale è doveroso un ringraziamento all'Università degli studi di Torino e, in particolar modo, alla prof.ssa Gabriella Racca e al prof. Roberto Cavallo Perin per la brillante ideazione dell'incontro e per la tenace determinazione nella sua organizzazione.

² Fra i molti commenti sugli innovativi principi del Codice dei contratti pubblici, si veda fra i primi A.M. CHIARIELLO, *Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici*, in *Il diritto dell'economia*, 1/2023, 141 ss.

Non ci si soffermerà in questo breve intervento sulle previsioni dell'art. 209 ed in generale sulle disposizioni del Libro V del Codice dei contratti pubblici relative al "Contenzioso". E questo *self restraint* è dovuto non solo perché il tema è stato completamente affrontato – nella occasione congressuale che ha alimentato questa riflessione – dalla profonda relazione del pres. Marco Lipari³, ma anche per il fatto che ho concorso a partecipare alla stesura della bozza proprio di quel Libro (in seno alla Commissione speciale costituita presso il Consiglio di Stato) e quindi non sarebbe né elegante, né utile commentare il proprio lavoro.

2. *L'equilibrio di diversi elementi per il raggiungimento del "risultato"*

Ma il lavoro fatto per il Codice mi offre tuttavia lo spunto per questo intervento, me lo offre il luogo dove nella estate del 2022, ci si è riuniti per discutere di quell'articolato. Una bellissima Sala del nobile Palazzo che ha ospitato l'incontro Congressuale che ha occasionato questa riflessione, la *Sala delle quattro stagioni* o come anche la si chiama *dei Quattro elementi*. La magnifica decorazione pittorica che (con gli stucchi ed il soffitto a cassettoni lignei) orna quella Sala offre delle immagini che rendono vivide ed immediate le tre notazioni che si volevano sottoporre alla comune riflessione quanto all'incidenza delle innovazioni (ed in particolare delle innovazioni tecnologiche ed informatiche).

In quella Sala ci sono – tra gli altri – tre affreschi del Mazzoni⁴,

³ E tuttavia non si possono non condividere pienamente le valutazioni del Presidente Lipari, che con le riflessioni pubblicate in questo volume in realtà sviluppa e offre un importante contributo di continuità con un suo storico tema di ricerca. Il riferimento è a M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e "precontenziosa" nel nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016)*, in *federalismi.it*, n. 10/2016. In particolare, si condivide il rammarico per non aver potuto (in assenza di una precisa previsione della legge di delega) portare a trenta giorni il termine decadenziale per la proposizione dell'azione di annullamento avverso dell'aggiudicazione illegittima. Il problema pratico della notificazione al controinteressato necessario (che in teoria potrebbe non disporre di un indirizzo di posta elettronica idoneo a ricevere la notificazione) potrebbe essere superato da una norma che attribuisca rilevanza ai fini dell'utile rispetto del termine decadenziale la sola notifica all'amministrazione resistente (sempre dotata di un indirizzo di posta elettronica idoneo a ricevere le notificazioni), facendo derivare da quella notificazione l'effetto di *standstill* fino alla prima Camera di consiglio utile alla discussione della domanda cautelare.

⁴ La *Sala delle Quattro Stagioni*, decorata da Giulio Mazzoni (Piacenza, 1518 circa - 1590), prende il nome dalle quattro rappresentazioni delle Stagioni, due su ogni lato lungo della Sala. La sala è anche chiamata *Sala degli Elementi* per l'Allegoria dell'Acqua, l'Allegoria dell'Aria, l'Allegoria della Terra e l'Allegoria del Fuoco sempre opera mirabile del Mazzoni che ornano ciascun lato della Sala.

Il riferimento ai quattro elementi (aria, acqua, terra e fuoco) è comune a tutte le co-

molto belli come lo sono i numerosi altri (sempre attribuiti al medesimo artista) nelle altre sale del Piano nobile di palazzo Spada. Ci si riferisce agli affreschi che hanno ad oggetto tre (dei quattro) elementi che compongono il Cosmo: l'affresco che ritrae l'elemento della terra, quello che ritrae l'elemento dell'aria e quello che ricorda l'elemento del fuoco.

Ora nelle relazioni che abbiamo ascoltato oggi, per quanto riguarda gli effetti sulla tutela giurisdizionale e sull'effettività della tutela, si può ben dire che questi tre elementi concorrono tutti. Da un lato, abbiamo quella che si può definire come la complessità dell'elemento terra, se si osserva l'affresco che riprende questo elemento si noterà che in esso è rappresentato tutto un intreccio di persone che si innestano in una cornice di flora e fauna che della terra sono naturale ornamento. C'è poi l'elemento dell'aria, nell'affresco dedicato ad esso (in uno dei due lati corti della Sala), si ammira una visione "eterea", grazie anche ai colori pastello di un cielo che ispira un senso di grande serenità e delle figure che in esso con leggerezza si librano. E poi c'è l'elemento del fuoco, rappresentato con le vivide tonalità dei rossi che danno anima alla fucina ardente di Vulcano.

E questi tre elementi sono emblematici, perché la terra indica la situazione di fatto o meglio l'assetto normativo ed ordinamentale che ha connotato il presente fino alla entrata in vigore (ed in efficacia) del Codice. Una complessità, si badi, che il Codice non può dissolvere per intero perché, come è a tutti evidente, le norme non hanno un potere miracoloso di risolvere i problemi come tutti noi sappiamo.

3. *La terra, ovvero della complessità del reale, della inutilità delle misure di semplificazione e della rilevanza della legalità di risultato*

Non pare si debba ricordare come l'accezione del principio di legalità – non in termini formalistici ma in una accezione sostanziale – costituisca oramai il frutto maturo della riflessione della dottrina e della giurisprudenza amministrativa.

È da più di un trentennio che gli studiosi ed i giudici hanno ricostruito il principio di legalità in questa accezione, sia sul piano sostan-

smogonie. Tanto l'Oriente quanto l'Occidente hanno concepito una stretta connessione tra il microcosmo umano e il macrocosmo naturale. Dall'equilibrio degli elementi dipendeva la vita della specie umana e la sopravvivenza del cosmo: l'universo ordinato, sorto dal caos, era governato da personificazioni divinizzate dei quattro elementi.

ziale⁵, sia su quello processuale del sindacato di legittimità sulla discrezionalità amministrativa⁶.

Si tratta di riflessioni che hanno occasionato importanti studi monografici⁷, partecipati convegni⁸ e appassionati confronti dottrinali⁹, che hanno da molti lustri iscritto il “risultato” nella cornice del principio di legalità, sino a parlarsi oggi di legalità di risultato.

Come Antonio Romano Tassone, che mi piace ricordare qui fra noi, anticipava oramai trent’anni orsono, la legalità sostanziale è risultato, è cioè raggiungere il risultato che la legge indica nel preordinare al fine l’azione amministrativa. Il risultato nella prospettiva della funzionalizzazione è l’essenza stessa della legalità, e non occorre neppure invocare l’autorità di Feliciano Benvenuti che questa evidenza ha primo fra tutti offerto alla riflessione comune sin dai primi anni Cinquanta dello scorso secolo¹⁰.

Si bandiscono le gare, le procedure di evidenza pubblica per realizzare strade, ponti, reti ferroviarie, elettrodotti, ospedali, scuole, questo è

⁵ Su cui non ci si sofferma, si vedano le riflessioni di S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Giappichelli, Torino, 2006 e ben prima di A. ROMANO TASSONE, *Osservazioni su invalidità ed irregolarità degli atti amministrativi*, in *Annuario AIPDA 2002*, Giuffrè, Milano, 2003, 101 ss., ma già nella sua bella monografia Id., *Contributo sul tema della irregolarità amministrativa*, Giappichelli, Torino, 1993.

⁶ Su cui rinvio ad A. POLICE, *Annullabilità e annullamento* in *Enc. dir., Annali*, I, Giuffrè, Milano, 2007, 49 ss., ma ben prima il profondo saggio di L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall’interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 302 ss.

⁷ Fra i primi M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Giappichelli, Torino, 2003. Più di recente, F. LACAVA, *Principio di legalità dell’azione amministrativa ed esigenze di risultato*, LUISS, Roma, 2015.

⁸ Si ricordano, in particolare, il Convegno organizzato dal Prof. Vincenzo Cerulli Irelli con l’Associazione dei Professori di Diritto Amministrativo, presso La Sapienza di Roma nel marzo 2022 sul tema “Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell’Amministrazione” (i cui atti sono raccolti nell’*Annuario AIPDA 2002*, cit.), e il Convegno organizzato dalla Prof.ssa Maria Immordino presso l’Università di Palermo nel febbraio 2003, (i cui atti sono raccolti nel volume a cura di M. IMMORDINO e A. POLICE, *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Giappichelli, Torino, 2003).

⁹ Su cui, fra gli altri, M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in *Annuario*, cit., 107; G. CORSO, *Amministrazione di risultati*, *ivi*, 127 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione “di risultato” e provvedimento amministrativo*, in *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., 1 ss.; M. IMMORDINO, *certezza del diritto e amministrazione di risultato*, *ivi*, 15 ss.; S. PERONGINI, *Principio di legalità e risultato amministrativo*, *ivi*, 39 ss.; E. PICOZZA, *Principio di legalità e risultato amministrativo, ovvero del nuovo diritto pubblico italiano*, *ivi*, 51 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Invalidità e risultato amministrativo*, *ivi*, 79 ss.

¹⁰ Il riferimento, sin troppo ovvio, è ai due storici saggi di F. BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, 1 ss. e *Funzione amministrativa, procedimento e processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 134 ss.

il risultato. Ed è questo che viene condiviso dal legislatore laddove, al primo comma dell'art. 1 del Codice dei contratti pubblici¹¹, individua il risultato, ne specifica il significato. Per esso il legislatore intende: “il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività”, non il mero affidamento legittimo e la correttezza delle forme.

Ed è un risultato che corrisponde appunto al fine per il quale il potere è attribuito dalla legge, la legalità sostanziale, ancor prima che essere il cuore del principio costituzionale di buon andamento e del principio Eurounitario di buona amministrazione.

Quindi, il fatto che il Codice lo espliciti non è una novità, è semplicemente un'indicazione, o se volete un *memento* all'interprete di come il principio di legalità vada applicato, una guida per un interprete talvolta assai poco consapevole o (più spesso) culturalmente condizionato dal peso di una risalente e superata tradizione¹².

4. *L'aria, ovvero della innovatività della tecnica come strumento di semplificazione della realtà*

L'elemento dell'aria ci rammenta la prospettiva del futuro (auspicabilmente prossimo) quello che – con grande speranza – ci è stato rappresentato sia nella stimolante Relazione della Cons. Anna Corrado, sia in quella più complessa nella sua dimensione tecnica della professoressa Meo.

Una speranza, quella che viene alimentata dalle prospettive della digitalizzazione dei procedimenti amministrativi e dei processi decisionali che non si crede possa essere sbrigativamente dequotata a “visionaria” perché, fermo l'entusiasmo delle due Relatrici rispetto a questi temi, ci è stato rappresentato un percorso sull'evoluzione di tecniche e strumenti che appare come uno scenario del possibile non uno scenario del futuro. Se quindi oggi questi processi sembrano ancora galleggiare nell'elemento dell'aria, nelle brevi scadenze che per la digitalizzazione il Codice impone probabilmente queste soluzioni e questi strumenti innovativi potranno calarsi nella realtà quotidiana e quindi essere ricondotti sulla terra.

¹¹ Fra i molti commenti, si vedano A.M. CHIARIELLO, *Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici*, cit., 141 ss.

¹² Sul punto, prezioso è il volume che raccoglie gli atti di una delle precedenti “Giornate sulla giustizia amministrativa”. Il riferimento è al Volume a cura di F. FRANCIOSI e M.A. SANDULLI, *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa. In ricordo di Leopoldo Mazarroli*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017.

E questa evoluzione incide molto anche sul piano della patologia e del sindacato giurisdizionale nel processo amministrativo. Lo sottolineava molto opportunamente anche il Pres. Marco Lipari nel secondo punto del suo bell'intervento. Il tema delle gare telematiche e della loro digitalizzazione dovrebbe consentire sin dalla formulazione dell'offerta che quei profili di complessità e di conflitto relativi alle forme della partecipazione vengano depotenziati o del tutto eliminati¹³.

Si tratta di questioni cui sono sottesi principi fondamentali, peraltro di grande interesse teorico e che tanto ci hanno appassionato (e ci appassionano) e che tanto fanno prosperare gli esponenti della professione forense. Ma a ben vedere si tratta quasi sempre di questioni che derivano da meri errori materiali facilmente riconoscibili da una piattaforma informatica e da sistemi di Intelligenza Artificiale e, quindi, facilmente evitabili o suscettibili di esser corretti nel momento stesso in cui l'errore sta per essere commesso.

Questo tipo di errori fanno tanto danno al "sistema", per quello che qui interessa al "sistema" della giustizia amministrativa dove sono fattori di moltiplicazione di un inutile (ma annoso) contenzioso. Ma tali errori arrecano danni significativi alla stessa efficienza sostanziale del "sistema" dell'evidenza pubblica e delle procedure di gara.

A fronte di un sistema di gara telematica e quindi di digitalizzazione di tutti i procedimenti amministrativi (da quelli di acquisizione documentale, a quelli più complessi di qualificazione e di eventuale ammissione o esclusione dalle procedure medesime) tutto questo contenzioso che non riguarda la sostanza ma riguarda le mere forme verrebbe completamente obliterato e la giustizia amministrativa (sia il Consiglio di Stato e, ancor prima, i Tribunali Amministrativi Regionali) si potrebbero occupare realmente non più e non solo della legittimità formale, ma esclusivamente della legittimità sostanziale.

Questo si intende per tutela e garanzia della legalità di risultato e non delle forme, una legittimità sempre attenta a quei principi ordinatori dell'accesso al mercato e della parità di trattamento fra gli operatori economici.

¹³ La piattaforma telematica dovrebbe "sminare" tutti i problemi legati alla presenza o meno di un documento, della copia di un documento, della sottoscrizione necessaria per la riconducibilità di un atto al suo autore, di una di una dichiarazione sostitutiva di certificazione e di un calcolo sbagliato (ad esempio nella porzione di opera da subappaltare, ovvero nella porzione che ciascuno dei componenti di un raggruppamento temporaneo di imprese si offre di realizzare). Temi che tanto hanno interessato (ed affaticato) la giurisprudenza amministrativa, perfino nella più autorevole sede dell'Adunanza Plenaria.

Non può tacersi che il grado di maturazione dei processi di digitalizzazione i cui significativi passi in avanti sono stati illustrati è ben lungi dal potersi considerare come pienamente soddisfacente e idoneo ad assicurare la completa digitalizzazione dei procedimenti di cui si discorre. E questo segnala quanto in realtà si può dire che si è ancora un po' fra l'aria e la terra.

Il passaggio dalla teoria alla pratica operativa comporta inevitabilmente disagi, difficoltà e lentezze, ma è indubbio che non appena tali ostacoli saranno superati l'avvento della gara telematica e dell'impiego di strumenti e documenti digitali assicurerà l'inverarsi di quella che si potrebbe chiamare una "garanzia digitale", una garanzia digitale delle forme che prima di questo passaggio epocale inevitabilmente (e giustamente, rilevava il Pres. Lipari) era uno dei compiti del giudice amministrativo.

Oggi tale funzione di garanzia potrà non essere più appannaggio del giudice amministrativo e questo non preoccupa; lo notava anche il Pres. Maruotti nell'introdurre i lavori dell'incontro che ha occasionato queste riflessioni, non si sottrae al giudice amministrativo il compito e la funzione di garante della legittimità, quella di decidere il cuore della controversia, gli si sottrae esclusivamente il fastidio di doversi occupare di aspetti meramente formali. Senza dire del vantaggio per il sistema intero della evidenza pubblica che evita il fastidio (ed anche il rischio) di dover soffrire di rallentamenti o annullamenti di intere procedure sol per la mancanza di un sistema automatizzato di verifiche che previene errori materiali. La digitalizzazione assicura, infatti, una verifica telematica immediata della idoneità della domanda di partecipazione alla gara, così come la sussistenza dei requisiti per la partecipazione (disponendo conseguentemente ed in via automatica le necessarie esclusioni¹⁴).

Al giudice quindi resta un sindacato pieno, un sindacato di legittimità con pieno accesso al fatto, su cui vale la pena ricordare le belle parole del discorso inaugurale dell'Anno Giudiziario pronunciate dal Presidente Maruotti¹⁵.

¹⁴ Sulle esclusioni si veda: M. CLARICH, in questo Volume, A. CORRADO, in questo Volume. Il tema delle esclusioni automatiche, espressione di un'attività amministrativa interamente vincolata, tutta suscettibile di essere svolta con sistemi automatizzati, con conseguente deflazione del contenzioso e, ancor prima, un enorme sgravio di peso burocratico; per non parlare del venir meno dei rallentamenti incidenti sulla fase della stipula e dell'esecuzione dei contratti.

¹⁵ Il riferimento è a L. MARUOTTI, *Insediamiento del Presidente del Consiglio di Stato e Relazione sull'attività della giustizia amministrativa*, 30 gennaio 2023. In particolare, pare im-

5. *Il fuoco, ovvero della energia nella spinta riformatrice e dei suoi incentivi*

C'è poi un ultimo aspetto che occorre molto brevemente trattare e che riguarda il processo che consente all'elemento dell'aria appena tratteggiato di giungere sulla terra e di rendere questa terra un po' meno complessa.

Ed in questo sovviene il terzo degli elementi del Cosmo affrescati dal Mazzoni nella Sala del Consiglio di Stato. Occorre infatti far riferimento al fuoco perché la lentezza (o le lungaggini) che si incontrano nella realizzazione di questa digitalizzazione non derivano soltanto dalla limitatezza delle risorse economiche o tecniche a disposizione¹⁶. Vi è fra i più significativi fattori frenanti del processo di digitalizzazione un limite di tipo "culturale": un limite culturale fra gli operatori di mercato, ma anche un limite o se si vuole una resistenza culturale nel personale delle Amministrazioni pubbliche stazioni appaltanti rispetto all'avvento della digitalizzazione e delle procedure di evidenza pubblica telematica.

Si rende necessario quindi che le Amministrazioni soffrano conseguenze negative nel non utilizzare questi strumenti (ed in questo sovviene l'elemento dinamico e propulsivo assicurato dal fuoco) ovvero perdano l'opportunità di incentivi, se non si vuole usare la visione di un *enforcement* fondato sulle fiamme (che evocano le dantesche pene dell'Inferno) e si vuole invece pensare ad un *enforcement* di tipo premiale.

Ma certo di strumenti che sollecitino la transizione digitale ve ne è un gran bisogno e fra essi quello che più immediatamente sovviene è la responsabilità amministrativo-contabile per mancato adeguamento delle Amministrazioni stazioni appaltanti alla prevista digitalizzazione.

portante segnalare quel passaggio nel quale il Pres. Maruotti sottolinea con forza come "una discrezionalità di questo genere presuppone un rigoroso rispetto del principio del giusto procedimento e in particolare dell'obbligo di adeguata motivazione, che consenta la ricostruzione dell'*iter* decisionale, potendosi altrimenti riscontrare l'illegittimità dell'atto. Essa deve essere poi sottoposta, da parte del giudice, ad un rigoroso controllo che si basi su un pieno accesso al fatto, come consentito dal Codice del processo amministrativo, ma che sia al tempo stesso rispettoso della motivata scelta politica. Trovare il punto di equilibrio tra queste esigenze, stando al passo con la modernità, sarà la sfida più importante per il futuro della Giustizia amministrativa".

¹⁶ Va detto, peraltro, che il tema non è solo culturale è anche un tema di utilizzo delle risorse. Ferme le risorse scarse (di tipo organizzativo, di personale e di mezzi) delle pubbliche Amministrazioni, si pone un tema di corretta allocazione delle risorse stesse.

CARMINE VOLPE

CONCLUSIONI

Ringrazio tutti i relatori.

Come è noto, non ho fatto parte della Commissione che ha predisposto la bozza del nuovo Codice dei contratti pubblici. Mi posso permettere, quindi, anche alcune considerazioni di tipo critico.

Premetto, comunque, che l'opera svolta dal Consiglio di Stato e dalla Commissione interdisciplinare¹ è stata più che meritevole e ha dato ulteriore lustro all'Istituto.

In un periodo di tempo ristretto – poco meno di quattro mesi – la Commissione è stata in grado di elaborare la bozza del nuovo Codice, che, consegnata al Governo, non ha subito variazioni di sostanza nei suoi contenuti.

Questo nuovo Codice sui contratti pubblici è la terza codificazione in materia in diciassette anni.

La prima codificazione del 2006, oltre il recepimento delle direttive del 2004, aveva lo scopo di elaborare una disciplina unica rispetto a quelle che erano discipline differenziate per gli appalti di servizi, di forniture e di lavori.

La seconda codificazione del 2016 intendeva dare attuazione alle direttive del 2014 e, nello stesso tempo, si ispirava ad una filosofia di fondo anticorruptiva dati i notevoli poteri attribuiti all'ANAC, fra cui l'emana-zione delle ben note Linee guida.

Tuttavia, il punto debole della seconda codificazione era il rinvio a tutta una serie di provvedimenti ulteriori da emanare successivamente – in larga parte poi non emanati – tra cui rilievo centrale aveva la riduzione delle stazioni appaltanti, oltre alla revisione del sistema di qualificazione delle imprese.

¹ Composta da magistrati amministrativi dei Tar e del Consiglio di Stato e da professionalità esterne alla Giustizia amministrativa, non soltanto di tipo giuridico ma anche di tipo tecnico ed economico.

Il nuovo Codice mira ad essere autoesecutivo, legificando nei suoi 36 allegati il contenuto di tutta una serie di atti che non erano legge (linee guida dell'ANAC, regolamenti, decreti, ecc.).

Tuttavia, come ci hanno dimostrato alcuni dei relatori, ad esempio con riferimento al fascicolo virtuale dell'operatore economico² o al sistema della reputazione d'impresa³, sorge il dubbio sull'autoesecutività del Codice, perché comunque una serie di norme – tra cui alcune di quelle che rivestono fondamentale importanza – rimandano per la loro attuazione a ulteriori provvedimenti che dovranno essere emanati dall'ANAC, eventualmente d'intesa con altre amministrazioni, quali l'AGID e il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

La legificazione di quanto contenuto negli allegati del Codice ne preannuncia la “disintegrazione asincrona” della sua natura giuridica, in forza del meccanismo per cui gli allegati, che oggi sono legge ma prima non lo erano, in sede di prima applicazione saranno abrogati a decorrere dall'entrata in vigore di nuovi regolamenti che li sostituiranno integralmente anche in qualità di allegato al Codice. Ossia in un futuro prossimo, ma non nello stesso tempo – perché non ci è dato sapere quando tutti questi regolamenti ministeriali e governativi verranno emanati – gli allegati al Codice perderanno la natura di legge e acquisiranno quella di regolamento, ma continuando a far parte del Codice. Che, in tal modo, diventerà una specie di *corpus* contenente norme di rango diverso e diversa forza: legislativa e regolamentare.

Poi, per una parte si tratta di regolamenti ministeriali⁴ e per altra di regolamenti governativi⁵, che hanno forza diversa nella gerarchia delle fonti, essendo i primi subordinati ai secondi. Né si tratta di regolamenti di delegificazione, previsti espressamente dall'art. 17, comma 2, della l. n. 400 del 1988, che è la norma generale vigente. Ovvero si opera nella sostanza una delegificazione al di fuori del percorso previsto allo scopo espressamente dalla legge, che presuppone, sempre da parte della legge, la determina delle norme generali regolatrici della materia e la previsione dell'abrogazione delle norme vigenti.

I regolamenti, in tal modo, entreranno a far parte di un *corpus* normativo anomalo, nel quale saranno contenute norme di legge e norme di regolamento di vario tipo; ricordando che i regolamenti possono essere

² Art. 24, d.lgs. n. 36/2023.

³ Art. 109, d.lgs. n. 36/2023.

⁴ Art. 17, comma 3, l. n. 400/1988.

⁵ Art. 17, comma 1, l. n. 400/1988.

disapplicati dal giudice amministrativo se sono in contrasto con la legge nell'ambito della soluzione delle antinomie, non possono essere contestati innanzi alla Corte costituzionale e sono impugnabili davanti al giudice amministrativo, che, quindi, li può annullare.

Si tratta in ogni caso di un fenomeno giuridico nuovo e in parte *sui generis*, che merita la dovuta attenzione.

La Professoressa Racca, nella sua relazione, ha messo in rilievo uno dei punti cruciali del nuovo Codice, la digitalizzazione dei contratti pubblici, che ha tre finalità: attuare gli obiettivi del piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) realizzando un sistema nazionale di *e-procurement*; prevenire concretamente la corruzione, perché grazie alla digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti si ottiene trasparenza, tracciabilità, partecipazione e controllo di tutte le attività in modo da assicurare il rispetto della legalità; ridurre i tempi relativi alle procedure di gara attraverso una complessiva semplificazione.

Con riguardo al fascicolo virtuale dell'operatore economico, mi sembra interessante il concetto espresso della fiducia digitale come nuovo paradigma dei contratti pubblici.

Per quanto riguarda i principi generali affermati da Codice⁶, è singolare che una norma dello stesso (articolo 4) proclami che quelli enunciati ai primi tre articoli costituiscono criterio interpretativo e applicativo, visto che non si comprende allora quale valenza abbiano invece i restanti principi dettati dagli articoli da 5 a 11.

Questi ultimi, in effetti, parrebbero più che altro norme di dettaglio, come la disciplina specifica sul risarcimento del danno⁷ e quella sull'affidamento *in house*⁸.

Desti qualche perplessità la norma sul principio della fiducia (articolo 2). È difficile immaginare che la legge possa imporre la fiducia in altri soggetti. Normalmente la fiducia è qualcosa che va guadagnata sul campo attraverso i comportamenti e i modi di agire.

A mio parere queste norme di principio (il principio di risultato, il principio della reciproca fiducia ecc.) altro non sono che la riaffermazione di quelli che sono i principi generali dell'attività amministrativa di cui all'articolo 1 della legge n. 241 del 1990: tempestività e miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo, legalità, trasparenza, concorrenza sono connessi con il buon andamento e i correlati principi di efficienza,

⁶ Relazioni del cons. C. CONTESSA e del prof. R. CAVALLO PERIN, questo Volume.

⁷ Art. 5, d.lgs. n. 36/2023.

⁸ Art. 7, d.lgs. n. 36/2023.

efficacia ed economicità, imparzialità, non discriminazione e pubblicità. Forse non c'era bisogno di affermarli ancora una volta, quando lo stesso Codice dei contratti pubblici rinvia espressamente alla legge generale sul procedimento amministrativo con riguardo “alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti”⁹.

Per quanto riguarda la qualificazione degli operatori economici, è molto interessante la norma sulla reputazione delle imprese (articolo 109)¹⁰, anche se la sua applicazione pratica è demandata a una futura attività da parte dell'ANAC. La *performance* dell'impresa mi sembra un concetto nuovo perché comporterà sostanzialmente una sorta di scala di valori di affidabilità dell'imprenditore.

Anche il fascicolo virtuale dell'operatore economico¹¹ è demandato a una futura elaborazione di dati che dovrà essere effettuata dall'ANAC.

Con riferimento alla qualificazione delle stazioni appaltanti, il problema maggiore risiede nella interoperabilità delle piattaforme¹². Sarà difficile che tutto questo sia operativo entro il 31 dicembre 2023, perché si tratta di innovazioni di tipo tecnologico e digitale che presuppongono interventi di tipo tecnico che non sono di poco conto.

Sulle innovazioni per l'effettività della tutela¹³, abbiamo in realtà affrontato un punto critico: la disciplina della decorrenza del termine per impugnare.

Ricordo che il Codice del processo amministrativo rinviava al Codice del 2006¹⁴ creando una notevole confusione in una materia fondamentale, quale quella del termine per impugnare, insieme a quella del riparto di giurisdizione.

Benché l'Adunanza Plenaria avesse cercato di risolvere il problema con una nota decisione¹⁵, la norma del nuovo Codice dei contratti pubblici ha cercato di mettere ordine e chiarezza.

Tuttavia, rimane una criticità perché la nuova disposizione rinvia

⁹ Art. 12, d.lgs. n. 36/2023.

¹⁰ Si veda la relazione del prof. F. DECAROLIS, in questo Volume.

¹¹ Relazioni del prof. M. CLARICH e del dott. F. DE PEPPA, in questo Volume.

¹² Relazioni della cons. A. CORRADO e della prof. R. MEO, in questo Volume.

¹³ Relazioni del prof. A. POLICE e del pres. M. LIPARI, in questo Volume.

¹⁴ Art. 120, comma 2, c.p.a., (ante 1° marzo 2023): “*Nel caso in cui sia mancata la pubblicità del bando, il ricorso non può comunque essere più proposto decorso trenta giorni decorrenti dal giorno successivo alla data di pubblicazione dell'avviso di aggiudicazione definitiva di cui all'articolo 65 e all'articolo 225 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 [...]*”.

¹⁵ Cons. Stato, Ad. plen., 2 luglio 2020, n. 12.

alle norme in tema di pubblicità degli atti e digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti¹⁶, che acquisiranno efficacia solo dal 1° gennaio 2024.

A questo punto una domanda.

Possiamo avere fiducia nel giudice amministrativo?

Non tocca a noi dirlo, per non risultare autoreferenziali, ma il giudice amministrativo, con la qualità del suo lavoro, deve ricercare in ogni modo di acquisire la fiducia da parte degli utenti del servizio giustizia.

Infine, non sono d'accordo con coloro che sono favorevoli all'introduzione dell'intelligenza artificiale nella redazione della motivazione delle sentenze. Personalmente, prima di pensare all'intelligenza artificiale, nella risoluzione delle controversie da parte del giudice incentiverei soprattutto l'intelligenza naturale.

¹⁶ Art. 120, comma 2, c.p.a., come sostituito dall'art. 209, comma 1, d.lgs. n. 36/2023: *“Per l'impugnazione degli atti di cui al presente articolo il ricorso, principale o incidentale, e i motivi aggiunti, anche avverso atti diversi da quelli già impugnati, sono proposti nel termine di trenta giorni. Il termine decorre, per il ricorso principale e per i motivi aggiunti, dalla ricezione della comunicazione di cui all'articolo 90 del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo di attuazione della legge n. 78 del 2022 oppure dal momento in cui gli atti sono messi a disposizione ai sensi dell'articolo 36, commi 1 e 2, del medesimo codice dei contratti pubblici. Per i bandi e gli avvisi con cui si indice una gara che siano autonomamente lesivi, il termine decorre dalla pubblicazione di cui agli articoli 84 e 85 del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo di attuazione della legge n. 78 del 2022. Il ricorso incidentale è disciplinato dall'articolo 42”*.

BIBLIOGRAFIA

- G.M. RACCA, C.R. YUKINS (a cura di), *Public Procurement and Digitalisation*, in *Droit Administratif / Administrative Law Collection* (Dir. by J.-B. AUBY), Bruylant, Bruxelles, in corso di pubblicazione.
- R. CAVALLO PERIN, M. LIPARI, G.M. RACCA (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni. Per l'attuazione della legge delega*, Jovene, Napoli, 2022.
- G.M. RACCA, C.R. YUKINS (a cura di), *Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders*, in *Droit Administratif / Administrative Law Collection* (Dir. by J.-B. AUBY), no. 27, Bruylant, Bruxelles, 2019.
- G.M. RACCA, C.R. YUKINS (a cura di), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, in *Droit Administratif / Administrative Law Collection* (Dir. by J.-B. Auby), no. 18, Bruylant, Bruxelles, 2014.
- S. DE LA ROSA, P. VALCARCEL FERNANDEZ (a cura di), *Les principes des contrats publics en Europe/ Principles of public contracts in Europe*, in *Droit Administratif / Administrative Law Collection* (Dir. by J.-B. AUBY), no. 30, Bruylant, Bruxelles, 2022.
- L. FOLLIOU-LALLIOT, S. TORRICELLI (a cura di), *Controles et contentieux des contrats publics/Oversight and challenges of public contracts*, in *Droit Administratif / Administrative Law Collection* (Dir. by J.-B. AUBY), no. 26, Bruylant, Bruxelles, 2018.
- M. AUDIT, S.W. SCHILL (a cura di), *Transnational Law of Public Contracts*, in *Droit Administratif / Administrative Law Collection* (Dir. by J.-B. AUBY), no. 20, Bruylant, Bruxelles, 2016.

* * *

- G.L. ALBANO, *Homo homini lupus: on the consequences of buyers miscoordination in emergency procurement for the COVID-19 crisis in Italy*, in *Public Procurement Law Review*, n. 2/2020, 213-219.
- G.L. ALBANO, C. NICHOLAS, *The Law and Economics of Framework Agreements*, Cambridge University Press, 2016.
- R. ALESSI, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1955.
- R. ALEXY, *Concetto e validità del diritto* (1992-2020), Carocci, Roma, 2022.
- G. ALPA, *I principi generali, una lettura giusrealistica*, in *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, nuova serie, 2014, num. Spec. *I principi nell'esperienza giuridica*, Atti del Convegno presso la Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza, Roma 14 e 15 novembre 2014.

- L. AMMANNATI, *I 'signori' nell'era dell'algoritmo*, in *Diritto pubblico*, n. 2/2021, 381-413.
- A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pub.*, 1938.
- P. ANDREYANOV, F. DECAROLIS, R. PACINI, G. SPAGNOLO, *Past Performance and Procurement Outcomes, working paper*, 2023.
- A. ARMANDI, M. RIVAL, *Innovation publique et management public*, La Documentation Française, Parigi, 2021.
- S. ARROWSMITH, L. RA BUTLER, A. LA CHIMIA, C. YUKINS (eds.), *Public Procurement Regulation in (a) Crisis? Global Lessons from the COVID-19 Pandemic*, Hart Publishing, Londra, 2021.
- K. ASHLEY, *Artificial Intelligence and Legal Analytics: new tools for law pratics in the Digital Age*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.
- F. ASTONE, *Il principio di ragionevolezza*, in M. RENNA, S. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012.
- J.-B. AUBY, *Il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 3/2019, 619-641.
- J.-B. AUBY, *Public Contracts and Smart Cities*, in G.M. RACCA, C.R. YUKINS (a cura di), *Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders*, in *Droit Administratif / Administrative Law Collection* (Dir. by J.-B. AUBY), no. 27, Bruylant, Bruxelles, 2019, 187-194.
- 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.
- J.-B. AUBY, *Innovation, légalité et management public*, in *Politiques et management public*, 4, 1993, 147-157.
- G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Predeterminazione analisi predittiva e nuove forme di intellegibilità*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019.
- V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1967.
- 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.
- A.M. BELLENGER, A. BLANDIN, *Le BIM sous l'angle du droit : Pratiques contractuelles et responsabilités*, Eyrolles, Parigi, 2016.
- F. BENVENUTI, *Caso e incertezza del diritto*, in *Scritti giuridici*, vol. V, *Vita e Pensiero*, Giuffrè, Milano, 2006.
- F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento e processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952.
- F. BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950.
- G. BERTI, *Principi del diritto e sussidiarietà*, in *Quad. fiorentini*, I, 31, 2002.
- R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine, una prospettiva quantistica*, Franco Angeli, Milano, 2013.

- R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992.
- 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, 165-176.
- A. BOTTO, S. CASTROVINCI ZENNA, *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2020.
- A. BOTTO, S. CASTROVINCI ZENNA, *La blockchain negli appalti pubblici, come utilizzarla: i vantaggi*, in www.agendadigitale.eu.
- A. BOTTO, S. CASTROVINCI ZENNA, *Centrali di committenza*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici, II, Soggetti, qualificazione, regole comuni alle procedure di gara*, Giuffrè, Milano, 2019, II, 359 ss.
- M. BRANCA, *La nomofilachia nella giurisdizione amministrativa*, in federalismi.it, n. 20/2009, 1-8.
- F.D. BUSNELLI, *La responsabilità per esercizio illegittimo della funzione amministrativa vista con gli occhiali del civilista*, in *Dir. amm.*, n. 4/2012, 531-565.
- F.D. BUSNELLI, *Lesione di interessi legittimi: dal "muro di sbarramento" alla "rete di contenimento"*, in *Danno e resp.*, 1997.
- G. CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, Giuffrè, Milano, 1975.
- G. CALZOLARI, G. SPAGNOLO, *Relational Contracts and Competitive Screening*, in *CEPR Discussion Paper*, no. 7434, CEPR Press, Paris & London, 2009.
- M. CAMMELLI, *Amministrazione e mondo nuovo: medici, cure, riforme*, in *Dir. amm.*, 1-2/2016, 9-32.
- F. CAPORALE, *Funzione nomofilattica e vincolo del precedente nella giustizia amministrativa*, in *Giornale diritto amministrativo*, n. 5/2018, 629-640.
- F. CARINGELLA, M. GIUSTINIANI, P. MANTINI (a cura di), *I contratti pubblici. Trattato sistematico sulla contrattualistica pubblica*, Dike Giuridica, Roma, 2021.
- E. CARLONI, *Qualità dei dati, big data e amministrazione pubblica*, in R. CAVALLO PERIN (a cura di), *L'amministrazione pubblica con i big data: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale*, Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino, Torino, 2021, 117-130.
- E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, n. 2/2020, 273-304.
- E. CARLONI, *Algoritmi su carta. Politiche di digitalizzazione e trasformazione digitale delle amministrazioni*, in *Diritto pubblico*, n. 2/2019, 363-392.
- G. CARULLO, *Decisione amministrativa e intelligenza artificiale*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 3/2021, 431-461.
- 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.
- G. CARULLO, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2017.
- G. CARULLO, *Big data e pubblica amministrazione nell'era delle banche dati interconnesse*, in *Concorrenza e mercato*, n. 1/2016, 181-204.
- E. CASSETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, Giappichelli, Torino, 1953.

- 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.
- L. CASTELLANI, F. DECAROLIS, G. ROVIGATTI, *Il processo di centralizzazione degli acquisti pubblici*, in *Mercato Concorrenza Regole*, n. 3/2017, 583-624.
- M.C. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'Amministrazione nella società dell' algoritmo*, in *federalismi.it*, n. 16/2019, 1-22.
- R. CAVALLO PERIN, *Il contributo italiano alla libertà di scienza nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Dir. amm.*, n. 3/2021, 587-620.
- R. CAVALLO PERIN (a cura di), *L'amministrazione pubblica con i big data: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale*, Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino, Torino, 2021.
- R. CAVALLO PERIN, *Pubblica amministrazione e data analysis*, in *L'amministrazione pubblica con i big data: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale*, a cura di R. CAVALLO PERIN, Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino, Torino, 2021, 11-18.
- R. CAVALLO PERIN, *Dalle riforme astratte dell'amministrazione pubblica alla necessità di amministrare le riforme*, in *Diritto pubblico*, n. 1/2021, 73-82.
- R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Dir. amm.*, n. 2/2020, 305-328.
- R. CAVALLO PERIN, *La capacità tecnico professionale degli enti pubblici tra principio di adeguatezza e differenziazione*, in S. TORRICELLI (a cura di), *Ragionando di diritto delle pubbliche amministrazioni*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2020, 265-270.
- R. CAVALLO PERIN, *Pandemia 2020: decreti e ordinanze d'emergenza*, in *Giustizia Insieme*, 2020.
- R. CAVALLO PERIN, *2020 Pandemic: Emergency decrees and ordinances*, in *Ius Publicum Network Review*, 2/2019.
- R. CAVALLO PERIN, *Ordinamenti giuridici paralleli e necessità come fonte del diritto*, in R. CAVALLO PERIN, G. COLOMBINI, F. MERUSI, A. ROMANO, *Attualità e necessità del pensiero di Santi Romano Pisa 14-15 giugno 2018*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, 41-45.
- R. CAVALLO PERIN, *La validità dell'atto amministrativo tra legge, principi e pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, n. 4/2017, 837-860.
- R. CAVALLO PERIN, *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e l'integrazione europea*, in L. FERRARA, D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa europea*, vol. I, Firenze University Press, Firenze, 2016, 3-36; già in *L'Organizzazione delle pubbliche amministrazioni nel processo d'integrazione dello Stato nazionale italiano e dell'Unione Europea*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 4/2016, 997-1033.
- R. CAVALLO PERIN, D.-U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, 2020.
- R. CAVALLO PERIN, *Ordinamenti giuridici paralleli e necessità come fonte del diritto*, in R. CAVALLO PERIN, G. COLOMBINI, F. MERUSI, A. ROMANO, *Attualità e necessità*

- del pensiero di Santi Romano Pisa 14-15 giugno 2018*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019.
- R. CAVALLO PERIN, G.M. RACCA, *European Joint Cross-border Procurement and Innovation*, in G.M. RACCA C.R. YUKINS (a cura di), *Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders*, in *Droit Administratif / Administrative Law Collection* (Dir. by J.-B. AUBY), no. 27, Bruylant, Bruxelles, 2019, 93-131.
- R. CAVALLO PERIN, G.M. RACCA, *Smart Cities for an Intelligent Way of Meeting Social Needs*, in J.B. AUBY (dir. da), *Le future du droit administratif. The future of administrative law*, LexisNexis, Parigi, 2019, 431-437.
- R. CAVALLO PERIN, G.M. RACCA, *Administrative Cooperation in the Public Contracts and Service Sectors for the Progress of European Integration*, in F. MERLONI, A. PIOGGIA (a cura di), *European Democratic Institutions and Administrations*, Giappichelli, Torino, 2018, 265-296.
- R. CAVALLO PERIN, G.M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, n. 2/2010, 325-354.
- R. CAVALLO PERIN, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno e ordinamento europeo*, in *Dir. amm.*, n. 1/2000, 41-80.
- L. CERNAT, *Trade Policy 2.0 And Algorithms: Towards The "Easification" Of FTA Implementation*, 2021.
- R. CHILLY, *Blockchain et commande publique*, in *Revue Contrats et marchés publics*, 2020.
- A. CIRIBINI, *BIM e digitalizzazione dell'ambiente costruito*, Grafill, Palermo, 2016.
- A.M. CHIARIELLO, *Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici*, in *Il diritto dell'economia*, 1/2023, 141-161.
- R. CHIEPPA, *Consiglio di Stato*, in *Enc. giur.*, VII, Treccani, 1988.
- M.P. CHITI, *Il declino del primato del diritto dell'Unione Europea nella recente giurisprudenza tedesca e francese*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, n. 3-4/2021, 429-441.
- M.P. CHITI, *Principi*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, I, Giuffrè, Milano, 2019.
- M.P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale diritto amministrativo*, n.4/2016, 436-443.
- M.P. CHITI, *La legittimazione per risultati dell'Unione Europea quale "comunità di diritto amministrativo"*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, n. 2/2016, 397-419.
- M.P. CHITI, *Le modifiche al Codice dei contratti pubblici; un "correttivo scorretto"?*, in *Giornale diritto amministrativo*, n. 4/2017, 453-460.
- M.P. CHITI, *Il decreto "sblocca cantieri": ambizioni e limiti*, in *Giornale diritto amministrativo*, n. 6/2019, 719-724.
- M.P. CHITI, *Evoluzioni dell'economia e riassetto delle giurisdizioni*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, n. 3-4/2015, 713-746.
- F. CINTIOLI, *Per qualche gara in più. Il labirinto degli appalti pubblici e la ripresa economica*, Rubbettino Editore, Catanzaro, 2020.
- S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Public Administration Algorithm Decision-Making and the Rule of Law*, in *European Public Law*, vol. 27, 1/2021, 103-130.
- S. CIVITARESE MATTEUCCI, *«Umano troppo umano». Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Diritto pubblico*, n. 1/2019, 5-42.

- S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA, *La tecnificazione*, in L. FERRARA, D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall'Unificazione amministrativa italiana*, vol. IV, Firenze University Press, Firenze, 2016.
- S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Giappichelli, Torino, 2006.
- M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, Il Mulino, Bologna, 2021.
- M. CLARICH, *Riforme amministrative e sviluppo economico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1/2020, 159-188.
- M. CLARICH (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, II ed., Giappichelli, Torino, 2019.
- M. CLÉMENT, *Algorithmes au service du juge administratif : peut-on en rester maître?*, in *Actualité Juridique Droit Administratif*, 2017, 2453.
- M. COCCONI, *The trajectory of the circular economy under the European Green New Deal*, in *Ius Publicum Network Review*, n. 2/2020.
- G.D. COMPORTE, *Energia, ambiente e sviluppo sostenibile*, in *federalismi.it*, n. 13/2023, 120-185.
- 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.
- A. CORRADO, *I nuovi contratti pubblici, intelligenza artificiale e blockchain: le sfide del prossimo futuro*, in *federalismi.it*, n. 19/2023, 128-154.
- A. CORRADO, *La digitalizzazione dei contratti pubblici: un'opportunità di efficienza e di cambiamento*, in R. CHIEPPA, M. SANTISE, H. SIMONETTI, R. TUCCILLO (a cura di), *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, Piacenza, 2023.
- A. CORRADO, *L'accesso civico generalizzato, diritto fondamentale del cittadino, trova applicazione anche per i contratti pubblici: l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato pone fini ai dubbi interpretativi*, in *federalismi.it*, n. 16/2020, 48-78.
- G. CORSO, *La Costituzione italiana negli studi di diritto amministrativo*, in *Riv. dir. cost.*, 1999, 120-146.
- F. CORTESE, *Costituzione e nuovi principi del diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, n. 2/2020, 329-362.
- F. CORTESE, *L'accertamento della colpa della p.a. nella fattispecie di danno da provvedimento illegittimo: il giudice amministrativo in equilibrio tra diritto interno e diritto europeo*, in *Resp. civ. prev.*, n. 5/2012, 1613-1625.
- F. COSTANTINO, *Rischi e opportunità del ricorso delle amministrazioni alle predizioni dei big data*, in *Diritto pubblico*, n. 1/2019, 43-70.
- F. COSTANTINO, *L'uso della telematica nella pubblica amministrazione*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2016.
- M. COZZIO, N. PARISI, *L'emergenza sanitaria causata dal COVID-19: l'impatto (attuale e futuro) sul sistema nazionale dei contratti pubblici*, in *Il diritto dell'economia*, 1/2021, 37-73.
- M. COZZIO, *La nuova strategia europea in materia di appalti pubblici*, in *Giornale diritto amministrativo*, n. 1/2019, 53-62.
- S. CRISCI, *Intelligenza artificiale ed etica dell'algoritmo*, in *Foro amm.*, n. 10/2018, 1787-1816.

- S. D'ANCONA, *Contributo allo studio della progettazione in materia di appalti e concessioni. Una prospettiva dalle scienze comportamentali e cognitive*, Giappichelli, Torino, 2021.
- S. D'ANCONA, P. PROVENZANO, *Gli strumenti della Carta della cittadinanza digitale*, in R. CAVALLO PERIN, D.-U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, 2020, 223-246.
- I. D'ELIA, M. PIETRANGELO, *Il Codice dell'Amministrazione digitale nel processo di semplificazione normativa: genesi e criticità*, in *Inf. dir.*, 1-2/2005, 9-30.
- L. DE LUCIA, *Il diritto amministrativo e la società democratica europea*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3/2023, 955-968.
- F. DECAROLIS, A. HEIMLER, *I contratti pubblici: derogare alle regole o insegnarne il rispetto?*, in *Mercato concorrenza regole*, n. 2/2021, 367-384.
- F. DECAROLIS, G. SPAGNOLO, R. PACINI, *Past performance and procurement outcomes*, in *NBER Working Paper Series*, May 18, 2020.
- F. DECAROLIS, R. PACINI, G. SPAGNOLO, *Contractors' Past Performance and Procurement Outcomes: A Firm-level Experiment*, in *Stanford Institute for Economic Policy Research (SIEPR) - Working papers*, 2016.
- I.M. DELGADO, *Automazione, intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: vecchie categorie concettuali per nuovi problemi?*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 3/2019, 643-662.
- G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, *I principi dell'azione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2010.
- C. DELLAROCAS, F. DINI, G. SPAGNOLO, *Designing reputation mechanisms*, in N. DIMITRI, G. PIGA, G. SPAGNOLO (eds.), *Handbook of Procurement*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.
- M. DEMICHELIS, *Il governo digitale del territorio. Dagli usi temporanei alla rigenerazione urbana*, Jovene, Napoli, 2023.
- M. DEMICHELIS, *Innovazioni nell'uso degli spazi pubblici post-pandemia: il caso italiano nel contesto europeo*, in *DPCE online*, n. 2/2020, 2463-2487.
- F. DE LEONARDIS, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, in *Dir. amm.*, n. 4/2021, 779-812.
- F. DE LEONARDIS, voce *Economia circolare (diritto pubblico)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Utet, Torino, 2021.
- F. DE LEONARDIS, *I principi generali dell'azione amministrativa*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2016, 59 ss.
- F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Giuffrè, Milano, 2005.
- G.M. DI GIUDA, G. PATTINI, *Transizione digitale per l'ambiente costruito*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2021.
- 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* (Dir. by J.B. Auby), no. 27, Bruylant, Bruxelles, 2019, 223-271.

- G. DI GIUDA, S. VALAGUZZA, *Gli accordi collaborativi come elemento cruciale per una regolazione strategica nel settore delle costruzioni*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2019.
- V. DOMENICHELLI, *Il ruolo normativo del giudice nella formazione e nello sviluppo del diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2016, 375-392.
- L. DONATO (a cura di), *Gli appalti pubblici tra istanze di semplificazione e normativa anticorruzione. Alla ricerca di un equilibrio tra legalità ed efficienza*, Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale n. 89, Banca d'Italia, Roma, 2020.
- L. DONATO (a cura di), *La riforma delle stazioni appaltanti. Ricerca della qualità e disciplina europea*. Quaderni di ricerca giuridica del Consulenza legale della Banca d'Italia, n. 80, Banca d'Italia, Roma, 2016.
- L. DONATO, M. MARICONDA, M. MIRRONE, *La digitalizzazione possibile degli appalti pubblici. L'analisi della Banca d'Italia per l'Anac sulle prospettive dell'e-procurement*, in *Astrid Rassegna*, n. 8/2020.
- G. DUNI, voce *Amministrazione digitale*, in *Enc. del diritto*, Giuffrè, Milano, 2007.
- C. EASTMAN, P. TEICHOLZ, R. SACKS, K. LISTON, edizione italiana a cura di G.M. DI GIUDA, V. VILLA, *Il BIM. Guida completa al building information modeling*, Hoepli, Milano, 2016.
- G.M. ESPOSITO, *Al confine tra algoritmo e discrezionalità. Il pilota automatico tra procedimento e processo*, in *Dir. e proc. amm.*, n. 1/2019, 39-68.
- U. FANTIGROSSI, *I dati pubblici tra Stato e mercato*, in *Amministrare*, n. 1-2/2007, 277-293.
- M. FAZEKAS, Y. KAZMINA, J. WACHS, *Gender in European public procurement: Extent, distribution, and impacts*, in E. NIEWIADOMSKA, A.C. MÜLLER (eds.), *European Bank for Reconstruction and Development*, London, UK, 2020.
- C. FELIZIANI, *L'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa. Dialogo a-sincrono tra Corte di giustizia e giudici nazionali*, in *federalismi.it*, n. 6/2018, 2-28.
- L. FERRAJOLI, *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. III, Sintassi del diritto, Laterza, Bari, 2007.
- R. FERRARA, *L'ordinamento della Sanità*, Giappichelli, Torino, 2020.
- G. FERRARI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici annotato con dottrina, giurisprudenza, Linee guida e delibere Anac*, Nel Diritto, Roma, 2022.
- L. FIORENTINO, *Le centrali di committenza e la qualificazione delle stazioni appaltanti*, in *Giornale diritto amministrativo*, n. 4/2016, 443-451.
- L. FIORENTINO, *Lo stato compratore. L'acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*, Il Mulino, Bologna, 2007.
- L. FIORENTINO, A. LA CHIMIA (a cura di), *Il procurement delle pubbliche amministrazioni. Tra innovazione e sostenibilità*, Quaderni Astrid, Il Mulino, Bologna, 2021.
- L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Raffaello Cortina, Milano, 2017.
- S. FOÀ, *La trasparenza amministrativa e i suoi limiti*, in C. BERTOLINO, T. CERRUTI, M. OROFINO, A. POGGI, *Scritti in onore di Franco Pizzetti*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2020, 497-525.

- S. FOÀ, M. CALDERARO, *Responsabilità precontrattuale della P.a. tra correttezza e autodeterminazione negoziale*, in *Resp. civ. e prev.*, n. 5/2018, 1598-1613.
- 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.
- S. FOÀ, *Giustizia amministrativa atipicità delle azioni ed effettività della tutela. Il nuovo diritto giurisprudenziale*, Jovene, Napoli, 2012.
- E. FOLLIERI, *L'introduzione del principio dello stare decisis nell'ordinamento italiano, con particolare riferimento alle sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 4/2012, 1237-1272.
- E. FOLLIERI, *La tutela nei contratti della pubblica amministrazione nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/1999, 295-322.
- E. FOLLIERI, *Risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi*, Marino Solfa-nelli, Chieti, 1984.
- L. FOLLIOT LALLIOT, C.R. YUKINS, *COVID19: Lessons learned in public procurement. Time for a new normal ?*, in *Concurrences*, 3, 2020.
- F. FRANCIARIO e M.A. SANDULLI, *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa. In ricordo di Leopoldo Mazzarolli*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017.
- N. GABAYET, *National and international reports - Rapports nationaux et internationaux. France*, in S. DE LA ROSA, P. VALCARCEL FERNANDEZ (a cura di), *Les principes des contrats publics en Europe/ Principles of public contracts in Europe*, in *Droit Administratif / Administrative Law Collection* (Dir. by J.-B. Auby), no. 30, Bruylant, Bruxelles, 2022, 239-260.
- E. GABELLINI, *Algoritmi decisionali e processo civile: limiti e prospettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n.1/2022, 59-93.
- F. GAFFURI, *Il processo amministrativo telematico*, in R. CAVALLO PERIN, D.-U. GA-LETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, 2020, 343-374.
- D.-U. GALETTA, *Transizione digitale e diritto ad una buona amministrazione: fra prospettive aperte per le Pubbliche Amministrazioni dal PNRR e problemi ancora da affrontare*, in *federalismi.it*, n. 7/2022, 103-125.
- D.-U. GALETTA, *Open-Government, open-data e Azione Amministrativa*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 3/2019, 663-683.
- D.-U. GALETTA, J.G. CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *federalismi.it*, n. 3/2019, 1-23.
- D.-U. GALETTA, *Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione*, in R. CA-VALLO PERIN, D.-U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, 2020, 85-118.
- C.E. GALLO, *La responsabilità della stazione appaltante nella conduzione del procedi-mento 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.
- G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagine sui limiti del-l'automazione decisionale tra procedimento e processo*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2023.

- A.M. GAMBINO, M. MANZI, *Intelligenza artificiale e tutela della concorrenza*, in *Giur. it.*, n. 7/2019, 1744-1748.
- E. GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo*, in *Revista de administración pública*, 1963, 189-224.
- G. GARDINI, *Rinvio pregiudiziale, disapplicazione, interpretazione conforme: i deboli anticorpi europei e la "forza sovrana" dell'atto amministrativo inoppugnabile*, in *Dir. amm.*, n. 1-2/2014, 217-264.
- R. GAROFOLI, G.M. RACCA, M. DE PALMA, *La responsabilità della pubblica amministrazione e il risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003.
- A. GIACHI (a cura di), *Dalla centrale di committenza alla centrale di competenza: la fattibilità di un modello di qualificazione delle stazioni appaltanti basato sulle categorie di acquisto. Utopia o alternativa possibile per la gestione della spesa pubblica post Covid?*, Fondazione PromoP.A., in collaborazione con Jagger, maggio 2021.
- P.E. GIANA, *Accordi collaborativi a supporto della modellazione informativa (BIM) e degli strumenti digitali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022.
- P.L. GIANFORTE, *Emergenza Coronavirus e cantieri pubblici: soluzioni mirate per la ripartenza*, in *Giust. amm.*, n. 5/2020.
- E. GIANNANTONIO, voce *Banche di dati (tutela delle)*, in *Enc. del diritto*, Giuffrè, Milano, agg. 2001.
- G. GRECO, *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto*, in *Dir. soc.*, n. 2/2016, 203-254.
- F. GOISIS, P. PANTALONE, *La revisione dei prezzi negli appalti pubblici come condizione per l'attuazione del PNRR, tra principi eurounitari e vischiosità normative nazionali*, in *Dir. amm.*, 1/2023, 97-134.
- D.I. GORDON, G.M. RACCA, *Integrity Challenges in the EU and U.S. Procurement systems*, in G.M. RACCA, C.R. YUKINS (a cura di), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, in *Droit Administratif/Administrative Law Collection* (Dir. by J.-B. Auby), no. 18, Bruylant, Bruxelles, 2014, 117-145.
- F. GORGERINO, *L'accesso come diritto fondamentale e strumento di democrazia: prospettive per la riforma della trasparenza amministrativa*, in *federalismi.it*, n. 5/2022, 96-127.
- 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*, Lecture Notes in Computer Science, n. 12621, Springer Nature, Cham (Switzerland), 2021, 104-125.
- H. GRAUX, *The Single Digital Gateway Regulation as an Enabler and Constraint of Once-Only in Europe*, in R. KRIMMER, A. PRENTZA, S. MAMROT (a cura di): *The Once-Only Principle. The TOOP Project*, Lecture Notes in Computer Science, n. 12621, Springer Nature, Cham (Switzerland), 2021, 83-103.
- G. GRECO, *Accordi e contratti della pubblica amministrazione tra suggestioni interpretative e necessità di sistema*, in *Dir. amm.*, n. 3/2002, 413-429.

- E. GUARNIERI, *Funzionalizzazione e unitarietà della vicenda contrattuale negli appalti pubblici*, BUP (Bononia University Press), Bologna, 2022.
- M.P. GUERRA, *Dalla spending review ad un "sistema" del public procurement?*, in F. MANGANARO, F. SAITTA, F. ASTONE (a cura di), *Studi in memoria di A. Romano Tassone*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2016, 215 ss.
- O. KUNDU, A. JAMES, J. RIGBY, *Public Procurement and innovation: a systematic literature review*, in *Science and Public Policy*, n. 47(4)/2020.
- L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/1998, 299-373.
- A. IANNOTTI DELLA VALLE, *La tutela della concorrenza ai tempi di Google Android tra fondamenti costituzionali e analisi tecnologica*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 2/2021, 283-315.
- M. IMMORDINO, A. ZITO, *Aggregazione e centralizzazione della domanda pubblica di beni: stato dell'arte e proposte di migliorie al sistema vigente*, in *Nuove autonomie - Rivista Quadrimestrale di Diritto pubblico*, n. 2/2018, 223-235.
- M. IMMORDINO e A. POLICE, *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Giappichelli, Torino, 2003.
- N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Bari, 1998.
- J.B. KAUFMAN, *Cooperative Purchasing: A US Perspective*, in G.M. RACCA, C.R. YUKINS (a cura di), *Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders*, in *Droit Administratif / Administrative Law Collection* (Dir. by J.B. Auby), no. 27, Bruylant, Bruxelles, 2019, 65-91.
- F. LACAVA, *Principio di legalità dell'azione amministrativa ed esigenze di risultato*, LUISS, Roma, 2015.
- S. LAIMER, C. PAGLIARIN, C. PERATHONER, *Contratti pubblici e innovazione. Una strategia per far ripartire l'Europa*, Giuffrè, Milano, 2021.
- G. LANDI, *Consiglio di Stato (storia)*, in *Enc. del diritto*, Giuffrè, Milano, 1961, 294-306.
- P. LAZZARA (a cura di), *Il diritto dei contratti pubblici*, Aracne, Roma, 2021.
- F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Giappichelli, Torino, 1967.
- G.F. LICATA, *Contratti pubblici e innovazione*, Convegno Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo, 2019, Paper.pdf (aipda.it).
- M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e "precontenziosa" nel nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016)*, in *federalismi.it*, n. 10/2016, 1-43.
- 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*, in *Droit Administratif/Administrative Law Collection* (Dir. by J.-B. AUBY), no. 27, Bruylant, Bruxelles, 2019, 31-63.
- M. MACCHIA, *La qualificazione delle stazioni appaltanti*, in *Giornale diritto amministrativo*, n. 1/2017, 50-59.
- A. MALTONI, *Il "vincolo" al precedente dell'adunanza plenaria ex art. 99, comma 3 c.p.a. e il rispetto dei principi costituzionali*, in *Foro amm.*, n. 1/2015, 137-147.
- F. MANGANARO, *La funzione nomofilattica dell'Adunanza plenaria in materia di accesso agli atti amministrativi*, in *federalismi.it*, n. 20/2021, 159-173.

- 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.P. MANTOVANI, *L'assicurazione della responsabilità civile medico-sanitaria*, Jovene, Napoli, 2017.
- B. MARCHETTI, *Amministrazione digitale*, in *Enc. dir. (I tematici)*, Giuffrè, Milano, 2022.
- B. MARCHETTI, *La garanzia dello “human in the loop” alla prova della decisione amministrativa algoritmica*, in *Rivista di BioDiritto*, n. 2/2021, 367-385.
- M. MARICONDA, E. RUGGIERO, *La digitalizzazione degli appalti pubblici: l'attesa continua*, in *Astrid Rassegna*, 2021.
- D. MARONGIU, *L'intelligenza artificiale “istituzionale”: limiti (attuali) e potenzialità*, in *European Review of Digital Administration & Law*, 2020, 37-54.
- 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.
- P. MARZARO, *Semplificazione, coordinamento degli interessi pubblici e leale collaborazione come canone di legittimità dell'azione amministrativa*, in *Diritto e Società*, n. 3/2019, 501-526.
- A. MASSERA, F. MERLONI, *L'eterno cantiere del Codice dei contratti pubblici*, in *Diritto pubblico*, n. 2/2021, 587-663.
- A. MASSERA, «Giustizia nell'amministrazione» e «ingiustizie amministrative» tra passato e presente, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2020, 33-54.
- A. MASSERA, *I principi generali*, in *Dir. amm.*, n. 3/2017, 427-445.
- A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda, Vicende della negoziazione con le P.P.AA., tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, Pisa University Press, 2011.
- F. MASTRAGOSTINO, G. PIPERATA, C. TUBERTINI (a cura di), *L'amministrazione che cambia. Fonti, regole, percorsi di una nuova stagione di riforme*, Bononia University Press, Bologna, 2016.
- A. MASUCCI, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie. Il procedimento amministrativo elettronico ad istanza di parte*, Giappichelli, Torino, 2011.
- B.G. MATTARELLA, *La centralizzazione delle committenze*, in *Giornale diritto amministrativo*, n. 5/2016, 613-620.
- B.G. MATTARELLA, *Il procedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, V ed., Giuffrè, Milano, 2015.
- M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012.
- C. MCCRUDDEN, *Buying Social Justice: Equality, Government Procurement, & Legal Change*, Oxford University Press, 2007.
- P. MCKEEN, *The Pursuit of Streamlined Purchasing: Commercial Items, E-Portals, and Amazon*, G.M. RACCA, C.R. YUKINS (a cura di), *Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders*, in *Droit Administratif / Administrative Law Collection* (Dir. by J.-B. AUBY), no. 27, Bruylant, Bruxelles, 2019, 373-387.

- G. MELIS, *Origine e storia del Consiglio di Stato*, in G. PALEOLOGO (a cura di), *Il Consiglio di Stato di Francia e d'Italia*, Giuffrè, Milano, 1998.
- L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, n. 2/1956; in *Scritti*, II, *Obbligazioni e negozio*, Giuffrè, Milano, 2011, 267-282.
- F. MERLONI, A. PIRNI, *Etica per le istituzioni. Un lessico*, Donzelli Editore, Roma, 2021.
- F. MERLONI, *Costituzione repubblicana, riforme amministrative e riforme del sistema amministrativo*, in *Diritto pubblico*, n. 1/2018, 81-120.
- F. MERLONI, A. PIOGGIA, R. SEGATORI, *L'amministrazione sta cambiando?: una verifica dell'effettività dell'innovazione nella pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2007.
- F. MERLONI (a cura di), *Introduzione all'eGovernment: pubbliche amministrazioni e società dell'informazione*, Giappichelli, Torino, 2005.
- F. MERUSI, *Discrezionalità, tempo e decadenza del potere nell'età della rivoluzione economica comunicativa. nuove prospettive per la discrezionalità nel quando*, in *Dir. amm.*, 2/2023, 215-227.
- F. MERUSI, *L'“imbroglio” delle riforme amministrative*, Mucchi, Modena, 2016.
- F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007.
- A. MOLITERNI, *Pluralità di accessi, finalità della trasparenza e disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale diritto amministrativo*, n. 4/2020, 505-519.
- S. MONEGATO, *L'art. 80, comma 10-bis, d.lgs. n. 50 del 2016 come strumento di tutela dell'ordine pubblico economico*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2022.
- G. MONTEDORO, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *giustizia-amministrativa.it*, giugno 2023.
- G. MONTEDORO, *Il diritto pubblico tra ordine e caos. I pubblici poteri nell'età della responsabilità*, Cacucci, Bari, 2018.
- E. MORLINO, *Centralizzazione degli acquisti pubblici e amministrazioni locali: la prospettiva europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 2/2021, 315-352.
- C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi contro i comportamenti omissivi del legislatore*, in D. DIACO (a cura di), *Le tipologie decisorie della Corte Costituzionale attraverso gli scritti della dottrina*, 2016, 261 ss.
- D. MOSEY, *Collaborative procurement dialogue, dialogo sugli appalti collaborativi*, a cura di E. PARISI, N. POSTERARO, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019.
- D. MOSEY, *The BIM Management Handbook*, Riba Publishing, Londra, 2019.
- R. NAI, E. SULIS, P. PASTERIS, M. GIUNTA, R. MEO, *Exploitation and Merge of Information Sources for Public Procurement Improvement*, in *Machine Learning and Principles and Practice of Knowledge Discovery in Databases. International Workshops of ECML PKDD 2022*, Springer, Cham, 2023.
- A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia «non amministrativa» (Sonntagsgedanken)*, Giuffrè, Milano, 2005.
- A. ORSI BATTAGLINI, C. MARZUOLI, *La cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, n. 2/1999, 487-504.
- G. ORSONI, E. D'ORLANDO, *Nuove prospettive dell'amministrazione digitale: Open Data e algoritmi*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 3/2019, 593-617.

- P. OTRANTO, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.*, in *federalismi.it*, n. 2/2018, 1-27.
- P. PACILEO, S. SICA, *Art. 10. Obbligo di assicurazione*, in B. MEOLI, S. SICA, P. STANZIONE (a cura di), *Commentario alla legge 8 marzo 2017 n. 24*, Napoli, Edizioni Scientifiche italiane, 2018, 221-240.
- A. PAJNO, *Amministrazione e ricostruzione dopo il coronavirus*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2020.
- A. PAJNO, *Crisi dell'amministrazione e riforme amministrative*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, n. 3-4/2017, 549-592.
- A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in *Astrid Rassegna*, 2015.
- A. PAJNO, *Consiglio di Stato*, in *Dizionario di diritto pubblico* dir. da S. CASSESE, Giuffrè, Milano, 2006.
- A. PAJNO, *Le norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/1994, 419-484.
- G. PALEOLOGO (a cura di), *Il Consiglio di Stato di Francia e d'Italia*, Giuffrè, Milano, 1998.
- F. PATRONI GRIFFI, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2019.
- F. PATRONI GRIFFI, *Tecniche di decisione e prevedibilità nella sentenza amministrativa*, in A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2017.
- F. PATRONI GRIFFI, *"Élite" politiche e amministrative tra crisi della democrazia e riforma dell'amministrazione*, in *federalismi.it*, n. 22/2017, 1-10.
- L.R. PERFETTI, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urb. e app.*, n. 1/2023, 5-13.
- S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, in *Diritto e società*, n. 3/2022, 551-569.
- M.G. PESCE, *L'ammissione alle procedure (artt. 79-82)*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, II ed., Giappichelli, Torino, 2019, 607-643.
- P. PICOZZA, *Politica, diritto amministrativo and Artificial Intelligence*, in *Giur. it.*, n. 7/2019, 1761-1771.
- M. PIETRANGELO, *Le pubbliche amministrazioni sul web tra comunicazione, consultazione e partecipazione*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA (a cura di), *La tecnificazione*, in L. FERRARA, D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall'Unificazione amministrativa italiana*, vol. IV, Firenze University Press, Firenze, 2016, 95-111.
- M. PIGNATTI, *La digitalizzazione e le tecnologie informatiche per l'efficienza e l'innovazione nei contratti pubblici*, in *federalismi*, n. 12/2022, 133-176.
- C. PINELLI, *Principi, regole, istituti*, in *Diritto pubblico*, n. 1/2015, 35-62.
- C. PINELLI, *La Costituzione di Santi Romano e i primi maestri dell'età repubblicana*, in *Dir. amm.*, n. 3/2012, 251-298.
- A. POLICE, *Annullabilità e annullamento* in *Enc. dir., Annali*, I, Giuffrè, Milano, 2007.

- 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.
- G. PONZANELLI, *Assicurazione e responsabilità civile: i termini del loro rapporto*, in *Dir. ec. ass.*, n. 2/2011, 571-577.
- G. PONZANELLI, *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.
- S. PONZIO, *Joint Procurement and Innovation in the new EU Directive and in some EU-funded projects*, in *Ius Publicum Network Review*, n. 2/2014.
- S. PONZIO, *I modelli organizzativi di mutualisation degli acquisti nel settore sanitario e ospedaliero in Francia per la modernizzazione e professionalizzazione della fonction achat*, in A. PIOGGIA, S. CIVITARESE MATTEUCCI, G.M. RACCA, M. DUGATO (a cura di), *I servizi sanitari. Organizzazione, riforme e sostenibilità: una prospettiva comparata*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2011, 247-270.
- S. PONZIO, *I capitolati negli appalti pubblici*, Jovene, Napoli, 2006.
- 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.M. RACCA, *Le piattaforme digitali per i contratti pubblici e la qualificazione degli operatori economici*, in J.B. AUBY, G. DE MINICO, G. ORSONI, *L'amministrazione digitale quotidiana efficienza e intelligenza delle scelte. Atti del Convegno 9-10 maggio 2022, Napoli, Federico II*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023.
- G.M. RACCA, *Digital Transformation in Healthcare Procurement*, in *Healthmanagement.org - Medical Devices and AI regulations*, vol. 23, Issue 2, 2023.
- G.M. RACCA, *Le responsabilità delle organizzazioni pubbliche e i principi di collaborazione e buona fede e della trasformazione digitale*, in *Dir. amm.*, n. 3/2022, 601-639.
- G.M. RACCA, *Principles of joint cross-border public contracts and transnational effects*, in S. DE LA ROSA, P. VALCARCEL FERNANDEZ (a cura di), *Les principes des contrats publics en Europe/ Principles of public contracts in Europe*, in *Droit Administratif / Administrative Law Collection* (Dir. by J.-B. AUBY), no. 30, Bruylant, Bruxelles, 2022, 555-578.
- G.M. RACCA, *Voce Salute*, in *Enc. dir., I tematici. III. Funzioni amministrative*, Giuffrè, Milano, 2022, 995-1015.
- G.M. RACCA, *Central Purchasing Bodies in Italy: Reluctance and Challenges*, in C. RISVIG HAMER, M. COMBA, *Centralising Public Procurement. The Approach of EU Member States*, European Procurement Law series, Elgar Publishing, Londra, 2021, 220-238.
- G.M. RACCA, *La digitalizzazione necessaria dei contratti pubblici: per un'Amazon pubblica*, in *DPCE online*, 45, n. 42021.
- G.M. RACCA, in *Riv. it. dir. pub. com.*, n. 2/2021, 185-215.
- G.M. RACCA, *La digitalizzazione dei contratti pubblici: adeguatezza delle pubbliche amministrazioni e qualificazione delle imprese*, in R. CAVALLA PERIN, D.-U. GA-

- LETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, 2020, 321-341.
- G.M. RACCA, *La modellazione digitale per l'integrità, l'efficienza e l'innovazione nei contratti pubblici*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 3/2019, 739-766.
- G.M. RACCA, *The role of third parties in the execution of public contracts*, in L. FOLLIOU-LALLIOT, S. TORRICELLI (a cura di), *Controles et contentieux des contrats publics/Oversight and challenges of public contracts*, in *Droit Administratif / Administrative Law Collection* (Dir. by J.-B. AUBY), no. 26, Bruylant, Bruxelles, 2018, 415-448.
- G.M. RACCA, *Voce Corruzione (dir. amm.)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, aggiornamento, Utet Giuridica, Milano, 2017, 208-217.
- G.M. RACCA, *Gli accordi fra amministrazioni pubbliche: cooperazioni nazionali ed europee per l'integrazione organizzativa e l'efficienza funzionale*, in *Dir. amm.*, n. 1/2017.
- 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, Napoli, 2017, 171-193.
- 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.
- G.M. RACCA, *La trasparenza e la qualità delle informazioni come forma diffusa di controllo sulle amministrazioni pubbliche*, report realizzato per l'Accademia per l'Autonomia, 5 maggio 2015.
- G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Jovene, Napoli, 2000.
- G.M. RACCA, R. CAVALLO PERIN, voce *Cooperazione amministrativa europea*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, aggiornamento, Utet Giuridica, Milano, 2017, 191-208.
- G.M. RACCA, R. CAVALLO PERIN, *Corruption as a violation of fundamental rights: reputation risk as a deterrent against the lack of loyalty*, in G.M. RACCA, C.R. YUKINS (a cura di), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally* in *Droit Administratif / Administrative Law Collection* (Dir. by J.-B. AUBY), no. 18, Bruylant, Bruxelles, 2014, 23-48.
- G.M. RACCA, R. CAVALLO PERIN, *Material changes in contract management as symptoms of corruption: a comparison between EU and U.S. procurement systems*, in G.M. RACCA, C.R. YUKINS (a cura di), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, in *Droit Administratif / Administrative Law Collection* (Dir. by J.-B. AUBY), no. 18, Bruylant, Bruxelles, 2014, 247-274.
- G.M. RACCA, R. CAVALLO PERIN, G.L. ALBANO, *Public Contracts and International Public Policy Against Corruption*, in M. AUDIT, S.W. SCHILL (a cura di), *Transnational Law of Public Contracts*, in *Droit Administratif / Administrative Law Collection* (Dir. by J.-B. AUBY), no. 20, Bruylant, Bruxelles, 2016, 845-878.

- G.M. RACCA, S. PONZIO, *Contrats publics transnat onaux : une perspective complexe*, in *Ius Publicum Network Review*, n. 1/2021.
- G.M. RACCA, S. PONZIO, *La scelta del contraente come funzione pubblica: in modelli organizzativi per l'aggregazione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, n. 1/2019, 33-82.
- G.M. RACCA, S. PONZIO, *Nuovi modelli organizzativi per il «joint procuremen'» e l'innovazione dei contratti pubblici in Europa*, in R.F. ACEVEDO- P. VALCARCEL FERNANDEZ (a cura di), *Compra Pública Agregada*, Thomson Reuter, Spagna, 2016, 373-406.
- G.M. RACCA, S. PONZIO, *Evoluzioni sulla responsabilità precontrattuale delle pubbliche amministrazioni*, in *Giur. it.*, Agosto/Settembre, 2015, 1963-1977.
- G.M. RACCA, *Le centrali di committenza nelle nuove strategie di aggregazione dei contratti pubblici*, in *Italiadecide - Rapporto 2015*, Il Mulino, Bologna, 2015.
- G.M. RACCA, *Dall'Autorità sui contratti pubblici all'Autorità nazionale anticorruzione: il cambiamento del sistema*, in *Dir. amm.*, n. 2-3/2015, 345-387.
- G.M. RACCA, *La prevenzione e il contrasto della corruzione nei contratti pubblici (art. 1, commi 14-25, 32 e 52-58)*, in B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, Torino, 2013, 125-151.
- G.M. RACCA, S. PONZIO, *La mutualisation des achats dans le secteur de la santé publique: les centrales d'achat et les accords-cadres dans une perspective comparative*, in *Droit Administratif*, n. 7/2011, 7-12.
- G.M. RACCA, *Voce Correttezza (diritto amministrativo)*, in S. CASSESE (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2006, 1529-1536.
- 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, 111-131.
- G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Politica del diritto*, n. 2/2019, 199-236.
- S. RIGAZIO, *Smart contracts e tecnologie basate sui registri distribuiti nella l. 12/2019*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 2/2021, 369-395.
- W. RHODRI QC, *New rules on digital forms*, in *Public Procurement Law Review*, n. 3/2020.
- M. RODRIGUEZ BEA, *La innovación en la nueva Directiva de contratación pública: la asociación para la innovación*, in *Cuadernos de derecho local*, ottobre 2015, 141-161.
- G. ROEHRSEN, *Consiglio di Stato e Tribunali Amministrativi Regionali*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, 1989.
- E. ROMANI, *L'esecuzione delle sentenze della Corte EDU nella giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2023.
- A. ROMANO, *L'azione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2016.
- A. ROMANO, *“L'ordinamento giuridico” di Santi Romano, il diritto dei privati e il diritto dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, n. 2/2011, 241-273.
- A. ROMANO, *Il quadro normativo della giurisdizione esclusiva sino all'avvento della Costituzione*, in *L'evoluzione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2016, 11-12.

- strativo* (Atti del XLVIII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, Varenna, 18-20 settembre 2003) Giuffrè, Milano, 2004, 35 ss.
- A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. amm.*, n. 1/1998, 1-25.
- A. ROMANO TASSONE, *Sui rapporti tra ordinamento europeo ed ordinamenti statali in materia di tutela processuale*, in *Dir. amm.*, n. 3/2012, 491-501.
- A. ROMANO TASSONE, *La responsabilità della P.A. tra provvedimento e comportamento (a proposito di un libro recente)*, in *Dir. amm.*, 2/2004, 209.
- A. ROMANO TASSONE, *Osservazioni su invalidità ed irregolarità degli atti amministrativi*, in *Annuario AIPDA 2002*, Giuffrè, Milano, 2003.
- G.P. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2010.
- F.A. ROVERSI MONACO, *Prefazione*, in M. CAMMELLI, M.P. GUERRA (a cura di), *Informazione e funzione amministrativa*, Maggioli, Bologna, 1997.
- F. SAIITTA, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *www.giustiziainsieme.it*, 8 giugno 2023.
- F. SAIITTA, *Il vizio dell'eccesso di potere: una prospettiva storica*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2022.
- F. SATTA, *La lesione di interessi legittimi: variazioni giurisprudenziali sull'inammissibilità del risarcimento e principi comunitari*, in *Giur. it.*, n. 11992, I.
- M.A. SANDULLI, *Procedure di affidamento e tutele giurisdizionali: il contenzioso sui contratti pubblici nel nuovo Codice*, in *federalismi.it*, 8/2023.
- M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2019.
- G. SARTOR, *Intelligenza artificiale e diritto - Un'introduzione*, Giuffrè, Milano, 1996.
- F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Giappichelli, Torino, 2017.
- F.G. SCOCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2000, 13-54.
- F.G. SCOCA, *Per un'amministrazione responsabile*, in *Giur. cost.*, n. 6/1999, 4045-4062.
- C. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile ed intelligenza artificiale: quali soluzioni per quali problemi?*, in *Resp. civ.*, n. 4/2023, 1073-1089.
- 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.
- G. SDANGANELLI, *Il modello europeo degli acquisti congiunti nella gestione degli eventi rischiosi per la salute pubblica*, in *DPCE online*, n. 2/2020, 2323-2346.
- V. SESSA, *Riforma degli appalti e Building Information Modeling*, in *Giust.amm.*, n. 2/2016.
- G. SEVERINI, *Il Consiglio di Stato: specchio dello Stato di diritto*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2022.
- S. SICA, B. MARIA SABATINO, *Algoritmi e salute*, in G. FRANCO FERRARI (a cura di), *Smart city. Evoluzione di un'idea*, Mimesis, Milano, 2020, 553-580.
- S. SICA, *La responsabilità civile tra struttura, funzione e «valori»*, in *Resp. civ. prev.*, n. 4-5/1994, 543-558.
- A. SIMONCINI, *Amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale*, in R. CAVALLO PERIN, D.-U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, 2020, 1-42.

- D. SORACE (a cura di), *Amministrazione pubblica dei contratti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013.
- D. SORACE, *L'epistemologia del diritto pubblico e il diritto amministrativo della costituzione nel pensiero di Andrea Orsi Battaglini*, in *Diritto pubblico*, n. 1/2006, 9-60.
- B. SORDI, *Un garantismo di segno nuovo: diritto e legge nel crepuscolo dell'assolutismo giuridico*, in *Quad. fiorentini*, II, 52, 2023, 929 ss.
- G. SPAGNOLO, J. BUTLER, P. CONZO, E. CARBONE, *Reputation and Entry in Procurement*, in *CEPR Discussion Papers*, no. 9651, CEPR Press, Paris & London, 2013.
- G. SPAGNOLO, *Reputation, competition, and entry in procurement*, in *International Journal of Industrial Organization*, 2012, vol. 30, 3/2012.
- M.R. SPASIANO, M. CALABRÒ, G. MARI, F. GAMBARDELLA, P. TANDA, A.G. PIETROSANTI, *Fondamenti di diritto per l'architettura e l'ingegneria civile*, Editoriale scientifica, Napoli, 2020.
- M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Giappichelli, Torino, 2003.
- L. STRIANESE, *La tax compliance nell'attività conoscitiva dell'Amministrazione finanziaria*, Aracne, Roma, 2014.
- A. TAILLEFAIT, *Groupements de commandes et centrales d'achats publics en France apres la transposition des Directives Europeennes de 2014*, in *Ius Publicum Network Review*, n. 1/2017.
- G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1980.
- F. TIGANO, *Democrazia pluralista, principio di autonomia e riforme amministrative*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2017.
- A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Diritto pubblico*, n. 1/2018, 121-139.
- A. TRAVI, *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, in *Giust. amm.*, n. 5/2016.
- M. TRIMARCHI, *Sulla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, n. 3/2022, 705-739.
- P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffrè, Milano, 1961.
- A. TROPEA, *I profili giuridici dell'adempimento collaborativo*, in *Riv. trim. dir. trib.*, n. 3-4/2017, 789-817.
- A.F. URICCHIO, *L'accertamento tributario*, Giappichelli, Torino, 2014.
- R. URSI, *La giuridificazione del canone dell'efficienza della pubblica amministrazione*, in B. MARCHETTI, M. RENNA (a cura di), *La giuridificazione*, in L. FERRARA, D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa europea*, Firenze University Press, Firenze, 445-475.
- S. VACCARI, *Note minime in tema di Intelligenza Artificiale e decisioni amministrative*, in *Giust. amm.*, n. 10/2019.
- S. VALAGUZZA, *Collaborare nell'interesse pubblico*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019.
- S. VALAGUZZA, *Governare per contratto. Come creare valore attraverso i contratti pubblici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

- F. VALENTINI, *Prospective overruling, tra tutela del privato e certezza del diritto*, in sito *giustizia-amministrativa.it*, 2022.
- S. VAN GARSE, 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.
- L. VANDELLI (a cura di), *Etica pubblica e buona amministrazione. Quale ruolo per i controlli?*, Franco Angeli, Milano, 2009.
- V. VARONE, *La qualificazione delle stazioni appaltanti*, in *Il nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50)*, nell'ambito della collana *Officina del diritto. L'amministrativista*, Milano, 2016, 7-20.
- D. VESE, *Sull'efficienza amministrativa in senso giuridico*, Wolters Kluwer, Cedam, Milano, 2018.
- L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, in *Foro amm.*, n. 9/2018, 1598-1640.
- P.M. VIPIANA, *Introduzione allo studio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1993.
- M. WINFIELD, S. ROCK, *The winfield rock report. Overcoming the legal and contractual barriers of BIM*, feb. 2018.
- C.R. YUKINS, *United States procurement and the COVID-19 pandemic*, in *Public Procurement Law Review*, n. 4/2020, 220-231.
- C.R. YUKINS, M. BOWSER, 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, A. YOUNG, K. ITTIG, E. VALLE, *GSA's Commercial Marketplaces Initiative: Opening Amazon and Other Private Marketplaces To Direct Purchases By Government Users*, Briefing Papers (Thomson Reuters), no. 20-13, Dec. 2020.
- C.R. YUKINS, M. KANIA, *Suspension and Debarment in the U.S. Government: Comparative Lessons for the EU's Next Steps in Procurement*, in *GWU Law School Public Law, Research Paper*, n. 39/2019.
- C.R. YUKINS, A. SUNDSTRAND, M. BOWSER, *Tale of Three Regulatory Regimes - Dynamic, Distracted and acted and Dysfunctional: Sweden, the United Kingdom and the United States*, in *GWU Law School Public Law, Research Paper* no. 8, 2018.
- G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi e regole*, in *Quad. fiorentini*, II, 31, 2002.
- G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino, 1992.
- A. ZITO, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021.
- A. ZITO, *Il 'diritto ad una buona amministrazione' nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nell'ordinamento interno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 2-3/2002, 425-444.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

ROBERTO CAVALLO PERIN

Professore Ordinario di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Torino

MARCELLO CLARICH

Professore Ordinario di Diritto Amministrativo, Sapienza Università di Roma

CLAUDIO CONTESSA

Presidente di Sezione del Consiglio di Stato

ANNA CORRADO

Consigliere del TAR Lombardia

FRANCESCO DECAROLIS

Professore Ordinario di Economia Politica, Università Bocconi di Milano

FRANCESCO DE PEPPA

Capo del Servizio Appalti, Banca d'Italia

MARCO LIPARI

Presidente di Sezione del Consiglio di Stato

LUIGI MARUOTTI

Presidente del Consiglio di Stato

ROSA MEO

Professore Ordinario di Informatica, Università degli Studi di Torino

ARISTIDE POLICE

Professore Ordinario di Diritto Amministrativo, Università LUISS "Guido Carli"

GABRIELLA M. RACCA

Professore Ordinario di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Torino

CARMINE VOLPE

Presidente aggiunto del Consiglio di Stato

CONVEGNO
“CONTRATTI PUBBLICI E INNOVAZIONI NEL NUOVO CODICE.
TRASFORMAZIONI SOSTANZIALI E PROCESSUALI”

4 ottobre 2023, ore 15.00

Consiglio di Stato, Palazzo Spada, Sala di Pompeo
Piazza Capo di Ferro, 13, Roma

Presiede

LUIGI MARUOTTI
Presidente del Consiglio di Stato

Introduzione

GABRIELLA M. RACCA
Professore Ordinario di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Torino

Relazioni

I principi

CLAUDIO CONTESSA
Presidente di Sezione del Consiglio di Stato

ROBERTO CAVALLO PERIN
Professore Ordinario di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Torino

Le innovazioni per la qualificazione degli operatori economici

FRANCESCO DECAROLIS
Professore Ordinario di Economia Politica, Università Bocconi di Milano

FRANCESCO DE PEPPA
Vice Capo del Servizio Appalti, Banca d'Italia

MARCELLO CLARICH
Professore Ordinario di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Roma “La Sapienza”

Le innovazioni digitali e la qualificazione delle stazioni appaltanti

ANNA CORRADO
Consigliere del TAR Lombardia

ROSA MEO
Professore Ordinario di Informatica, Università degli Studi di Torino

Le innovazioni per l'effettività della tutela

MARCO LIPARI
Presidente di Sezione del Consiglio di Stato

ARISTIDE POLICE
Professore Ordinario di Diritto Amministrativo, Università LUISS “Guido Carli”

Conclusioni

CARMINE VOLPE
Presidente aggiunto del Consiglio di Stato

Il Convegno è pubblicato sul sito della Giustizia amministrativa a questo link.

*Il Volume che ha raccolto gli atti del Convegno del 6 aprile 2022,
con l'Introduzione del Presidente Franco Frattini, è disponibile a questo link*

Finito di stampare
nel marzo 2024
PL Print - Napoli

Il Volume propone interpretazioni e soluzioni innovative per l'effettiva applicazione del nuovo Codice dei contratti pubblici, dal Convegno "Contratti pubblici e innovazioni nel nuovo Codice. Trasformazioni sostanziali e processuali", organizzato dal Consiglio di Stato con l'Università di Torino (con *Ius Publicum Network Review* e *Public Contracts in legal globalization network*) il 4 ottobre 2023, in continuità con il Volume R. CAVALLO PERIN, M. LIPARI, G.M. RACCA (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni. Per l'attuazione della legge delega*, Jovene, Napoli, 2023, che raccoglieva le riflessioni presentate al Convegno "Contratti pubblici e innovazioni", svoltosi al Consiglio di Stato il 6 aprile 2022, in cui si sono discusse le recenti riforme a partire dalle esperienze nazionali, europee e sovranazionali analizzate in particolare in G.M. Racca, C.R. Yukins (a cura di), *Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders*, in *Droit Administratif / Administrative Law Collection* (Dir. by J.-B. Auby), no. 27, Bruylant, Bruxelles, 2019.

Il presente Volume offre un'analisi critica degli esiti del processo di riforma che ha condotto ad un nuovo Codice dei contratti pubblici.

Nel precedente Volume si era sottolineata l'importanza della effettiva digitalizzazione del sistema dei contratti pubblici come fattore chiave per realizzare una vasta riforma economico-sociale, a partire dalla nuova fonte di conoscenza rappresentata dai dati.

Lo sviluppo del fascicolo virtuale, interconnesso con le banche dati, in attuazione del principio *once-only*, risulta essenziale per la realizzazione di un sistema semplice ed efficace di qualificazione degli operatori economici. La qualificazione delle stazioni appaltanti e le strategie di aggregazione specializzata, accompagnate dall'uso di piattaforme di *procurement* certificate che integrino atti di gara nativi digitali e procedure automatizzate che si avvalgano dell'intelligenza artificiale, permetteranno di sviluppare soluzioni innovative e una maggiore trasparenza.

L'innovazione digitale costituisce l'occasione per una trasformazione sostanziale, ridefinendo il rapporto di buona fede tra la pubblica amministrazione e gli operatori economici, nel perseguimento della tempestiva aggiudicazione ed esecuzione dei contratti pubblici. Una buona amministrazione per la contrattazione pubblica presidiata dalla qualità della giustizia amministrativa per l'effettività della tutela dei cittadini.

Il Volume, curato da R. Cavallo Perin, M. Lipari e G.M. Racca, raccoglie i contributi di: ROBERTO CAVALLO PERIN, MARCELLO CLARICH, CLAUDIO CONTESSA, ANNA CORRADO, FRANCESCO DECAROLIS, FRANCESCO DE PEPPO, MARCO LIPARI, LUIGI MARUOTTI, ROSA MEO, ARISTIDE POLICE, GABRIELLA M. RACCA, CARMINE VOLPE

€ 20,00

