



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

Facoltà di Giurisprudenza

Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale

LIBER AMICORUM
PER GUIDO GRECO

a cura di

FRANCO GAETANO COCA, MARIO PILADE CHITI,
DIANA-URANIA GALETTA



G. Giappichelli Editore

Libreria Giuridica

LA BUONA FEDE “DIGITALE” NEI CONTRATTI PUBBLICI

Gabriella M. Racca

SOMMARIO: 1. L’evoluzione digitale della buona fede nei contratti pubblici. – 2. La fiducia digitale e gli obiettivi di concentrazione e di effettività della tutela. – 3. La prospettiva funzionale della responsabilità e la necessaria gestione del rischio nel *procurement* pubblico.

1. *L’evoluzione digitale della buona fede nei contratti pubblici.*

L’esperienza pandemica ha evidenziato la necessità di una buona amministrazione digitale che assicuri sostenibilità ambientale e sociale per affrontare le prossime crisi. In quel momento, nel 2020, si è scelto di positivizzare i principi di collaborazione e buona fede all’interno della legge generale sul procedimento amministrativo¹. Da tempo molti non dubitavano dell’applicabilità ai rapporti con le pubbliche amministrazioni; tuttavia, questa positivizzazione potrebbe contribuire al superamento di alcune interpretazioni ancora incerte².

¹ Art. 1, comma 2-*bis*, legge 7 agosto 1990, n. 241, introdotto dall’art. 12, comma 1, lett. 0a), d.l. 16 luglio 2020, n. 76, conv. con legge n. 120/2020. Lo scritto è destinato, in una versione più estesa, al Volume che raccoglie gli atti del Convegno “Le Responsabilità per gli Illeciti degli Enti Pubblici” svoltosi nell’Università degli Studi di Torino il 21 e 22 marzo 2024, con la presentazione della ristampa anastatica di: E. CASSETTA, *L’illecito degli enti pubblici*, Torino, 1953.

² Come noto, già G. GRECO, *I contratti dell’Amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Milano, 1986, spec. p. 121, chiariva il necessario assoggettamento dell’amministrazione appaltante agli obblighi di correttezza derivanti dall’art. 1337 c.c. e ciò “sin dal bando di gara”. Seguendo il Maestro, componente del Collegio di Dottorato di Milano, si era successivamente sostenuta la necessità di un comportamento corretto e non contraddittorio non solo dopo l’aggiudicazione, su cui sia consentito il rinvio a G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000, confermata di recente dalla recente giurisprudenza amministrativa: Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, e ripreso dalle Ad. plen. nn. 19, 20 e 21/2021. Così, anche di recente: G. GRECO, *La buona*

La buona fede nel rapporto giuridico amministrativo nel settore dei contratti pubblici riguarda i rapporti con operatori economici – che sono organizzazioni complesse e non singoli individui (cittadini)³ – e viene ribadita anche nel nuovo Codice dei contratti pubblici⁴. Si riconosce espressamente l'autonomia negoziale della pubblica amministrazione, seppur sempre funzionalizzata al perseguimento dei fini istituzionali e dei connessi risultati⁵. Fini istituzionali che orientano la capacità di diritto privato dello Stato e degli enti pubblici e che richiedono la “collaborazione e buona fede” reciproca fra le parti, con la possibilità di contestare anche la scorrettezza del privato, operatore economico⁶.

La funzionalizzazione dell'attività amministrativa, integrata dalla formalizzazione delle trattative, come previsto nei bandi di gara, implica un aggravamento degli obblighi di lealtà e correttezza⁷, che si integrano con gli autolimiti posti nei documenti di gara⁸. Le attività precontrattuali, volte all'affidamen-

fede nell'esercizio del potere amministrativo, relazione nel Convegno “Le Responsabilità per gli Illeciti degli Enti Pubblici”, cit.

³ Come già evidenziato da: A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. amm.*, n. 1/1998, pp. 18-19. Cfr. F.G. SCOCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2000, p. 13 ss.

⁴ Art. 5, comma 1, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, *Codice dei contratti pubblici*. Sul tema: R. CAVALLO PERIN, M. LIPARI, G.M. RACCA (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni per l'attuazione della legge delega*, Napoli, 2022, pubblicato ad esito del Convegno “*Contratti pubblici e innovazioni*”, Roma, 6 aprile 2022, le cui riflessioni sono confluite nel successivo Convegno “*Contratti Pubblici e Innovazioni nel nuovo Codice*”, organizzato dal Consiglio di Stato con l'Università di Torino il 4 ottobre 2023, *Ius Publicum Network Review e Public Contracts in Legal Globalization Network* e nel successivo volume: R. CAVALLO PERIN, M. LIPARI, G.M. RACCA, *Contratti pubblici e innovazioni nel nuovo codice. Trasformazioni sostanziali e processuali*, Napoli, 2024.

⁵ G. GRECO, *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, in *Dir. amm.*, n. 3-4/1999, p. 381 ss., spec. p. 392, notava che “parlare ancora di provvedimenti amministrativi, con riferimento ai vari atti in cui si articola l'evidenza pubblica, appare erroneo sotto vari profili”, sia perché si esclude che vi sia esercizio di potestà amministrativa, sia perché, dal punto di vista del regime tale inquadramento ciò precluderebbe “ogni ipotesi di responsabilità precontrattuale: in contrasto, a tacer d'altro, con la specifica previsione comunitaria in proposito”.

⁶ Così: D. SORACE, *Conclusioni nella Giornata di studio sull'applicazione, sul consolidamento e sulle prospettive del principio di buona fede nei rapporti con le pubbliche amministrazioni*, Università degli Studi di Firenze, 14 ottobre 2022.

⁷ P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, vol. III, Milano, 2021, spec. p. 284.

⁸ S. TORRICELLI, *Buona Fede e confini dell'imparzialità nel rapporto procedimentale*, p. 29 ss.;

to diretto, ovvero alla selezione del miglior contraente, comportano pertanto l’esercizio della funzione appalti che risulta comunque sempre funzionalizzata e connessa anche solo “mediatamente all’esercizio di potere pubblico”⁹, con possibile superamento delle residue questioni di giurisdizione relative alla fase di scelta del contraente.

I principi di “collaborazione e buona fede”, posti a protezione di tutti i rapporti giuridici amministrativi nel perseguimento della buona amministrazione, vanno oggi attuati ordinariamente mediante strumenti digitali¹⁰. Come noto, nel tempo l’ambito delle responsabilità degli enti pubblici ha conosciuto un progressivo ampliamento e si è configurato attraverso varie forme, secondo principi giuridici che la rilevazione digitale permetterà di perfezionare¹¹. Tale quadro è spesso oscurato da questioni di giurisdizione anche in relazione al recepimento, talora appesantito dal *goldplating*, pur vietato anche dalla recente legge delega. Tuttavia, la necessità di garantire un costante equilibrio di bilancio richiede ulteriori cautele nella prospettazione delle violazioni risarcibili, per evitare un eccessivo ampliamento delle stesse¹².

In questo contesto, ricostruire una pluralità di significati tra gli elementi

M. TRIMARCHI, *Buona fede e responsabilità della pubblica amministrazione*, p. 59 ss.; G.M. RACCA, *L’evoluzione del principio di buona fede nella trasformazione digitale dei contratti pubblici*, 201 ss., in *P.A.*, n. 2/2022.

⁹ Art. 7, comma 1, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, *Attuazione dell’articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo*. Cfr. G.M. RACCA, *Le responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, in *Dir. amm.*, n. 3/2022, p. 601 ss., spec. p. 614.

¹⁰ Si veda, per tutti: R. CAVALLO PERIN, D.-U. GALETTA (a cura di), *Il Diritto dell’Amministrazione Pubblica digitale*, Torino, 2020. Più di recente: D.-U. GALETTA, H.C.H. HOFMANN, *Evolving AI-based Automation. The Continuing Relevance of Good Administration*, in *European Law Review*, n. 6/2023, p. 617 ss.; A. TRAVI, *La tutela dell’affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2018, p. 121 ss.; nella prospettiva digitale: G. ORSONI, E. D’ORLANDO, *Nuove prospettive dell’amministrazione digitale: Open Data e algoritmi*, in *Ist. fed.*, n. 3/2019, pp. 593 ss.

¹¹ Per l’evoluzione giurisprudenziale in materia: D. SORACE, *La responsabilità risarcitoria delle pubbliche amministrazioni per lesione di interessi legittimi dopo 10 anni*, in *Dir. amm.*, n. 2/2009, p. 379 ss.

¹² Corte Giust. UE, causa C-547/22, *Ingsteel spol. s.r.o. c. Úrad pre verejné obstarávanie*, sentenza della Corte (Sezione V) del 6 giugno 2024, per il risarcimento del danno da perdita di opportunità subito dall’impresa esclusa dalla gara pubblica, che recepisce le Conclusioni dell’Avvocato Generale del 7 dicembre 2023. Si veda, per tutti: M.P. CHITI, “*La responsabilità civile della pubblica amministrazione nella intersezione del diritto nazionale e del diritto europeo*”, relazione nel Convegno “Le Responsabilità per gli Illeciti degli Enti Pubblici”, cit.

comportamentali dell'azione amministrativa, se da un lato appare “opera necessaria”¹³, dall'altro oggi può essere perseguita dall'intelligenza artificiale, che consente di rilevare e delineare un nuovo catalogo di “figure sintomatiche” della scorrettezza in ragione delle più frequenti fattispecie riscontrate¹⁴. Evoluzione che si fonda su una nuova funzione conoscitiva pubblica digitale¹⁵ che consente di far emergere i profili più rilevanti sia sull'*an* (la condotta scorretta) ma anche sul *quantum* risarcibile secondo proporzionalità e adeguatezza¹⁶.

Nel risarcimento in materia di appalti pubblici, la quantificazione del dieci per cento del valore dell'appalto – con potenziale equivalenza della quantificazione dell'interesse negativo a quello positivo¹⁷ – ha nel tempo incentivato prassi distorsive con domande di risarcimento senza la contestuale richiesta di annullamento dell'aggiudicazione¹⁸. Tale orientamento è stato superato in Ita-

¹³ A. ROMANO TASSONE, *La responsabilità della P.A. tra provvedimento e comportamento (a proposito di un libro recente)*, in *Dir. amm.*, n. 2/2004, p. 209 ss.

¹⁴ G.M. RACCA, *Le responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, cit., p. 601 ss.

¹⁵ F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Giappichelli, Torino, 1967. Da ultimo: R. CAVALLO PERIN, *Principi e autonomia nella disciplina dei contratti pubblici*, in R. CAVALLO PERIN, M. LIPARI, G.M. RACCA, *contratti pubblici e innovazioni nel nuovo codice. trasformazioni sostanziali e processuali*, Napoli, 2024, p. 41 ss.; ID., *Ratio decidendi e intelligenza artificiale*, in P.G. MONATERI (a cura di), *Scritti in memoria di Rodolfo Sacco*, Torino, 2024, p. 297 ss.

¹⁶ I dati mostrano che, nonostante oltre centomila richieste di risarcimento per provvedimenti illegittimi negli ultimi venti anni, solo ottocento sono state accolte, evidenziando l'irrisorietà dei risarcimenti. Un'analisi digitale e tramite intelligenza artificiale potrebbe dunque dimostrare come il risarcimento dei danni sia uno strumento di tipo residuale, spesso impiegato impropriamente dai privati. Così: S. SANTORO, relazione nel Convegno “A 20 anni dalla sentenza n. 500/1999: attività amministrativa e risarcimento del danno”, 16 dicembre 2019, Cons. Stato, Roma, 16 dicembre 2019. Cfr. G. TULUMELLO, *I principi della buona fede e della fiducia nella fase dell'affidamento e in quella dell'esecuzione del contratto*, relazione nel Convegno “Il codice dei contratti pubblici ad un anno dalla riforma”, Cons. Stato, Roma, 4 marzo 2024. Cfr. G. CORSO, M. DE BENEDETTO, N. RANGONE, *Diritto amministrativo effettivo*, Bologna, 2022.

¹⁷ P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, cit., p. 275 ss. Per una prospettiva critica sulla caducazione del contratto rispetto al rimedio per equivalente, per i costi che si producono sia per le imprese che per l'amministrazione: G. GRECO, *La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 5/2008, p. 1029 ss.

¹⁸ 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.*, n. 8-9/2015, p. 1963 ss. Sul punto: G. GRECO, *La buona fede nell'esercizio del potere amministrati-*

lia dal nuovo codice del processo amministrativo e dalla giurisprudenza, ammettendosi una valutazione equitativa solo in presenza di impossibilità o di estrema difficoltà di una precisa prova del *quantum* del danno¹⁹.

Nondimeno, si rileva la persistente tendenza del giudice nazionale a condannare l'amministrazione a risarcire ampiamente i privati, a differenza delle Corti francesi, inglesi e statunitensi, ove in particolare non è riconosciuto alcun danno precontrattuale. La giurisprudenza europea ci ricorda che la nozione di danno (e il relativo risarcimento) in materia di appalti pubblici va ricondotta all'"autonomia procedurale degli Stati membri"²⁰ senza che si possa riconoscerla come nozione autonoma e uniforme del diritto dell'Unione²¹.

La correttezza richiesta nel procedimento di scelta del contraente non è qualificabile come generico dovere di condotta, ma appare qualificata ed esprime un preciso obbligo di collaborazione e fiducia (digitale) tra le parti coinvolte nelle trattative "parallele" o "multiple"²² volte all'aggiudicazione del con-

vo, relazione nel Convegno "Le Responsabilità per gli Illeciti degli Enti Pubblici", cit. Cfr. P. TRIMARCHI, *Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, n. 1/2002, p. 638 ss.

¹⁹ Criterio indicativo proposto come orientativo nel 1998 per responsabilizzare le amministrazioni (G.M. RACCA, *La quantificazione del danno subito dai partecipanti alle procedure selettive per l'affidamento di appalti pubblici*, in *Atti del 43° Convegno di studi amministrativi, "Risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi"*, Varenna, Villa Monastero 18-20 settembre 1997, Milano, 1998, e in *Dir. amm.*, n. 1/1998, pp. 156 ss., spec. p. 161), poi accolto in giurisprudenza, con successiva estensione della tutela risarcitoria, fino alla progressiva limitazione della quantificazione su cui si v. da ult. l'Ad. plen. n. 2/2017 del Consiglio di Stato che ha escluso la possibilità di ottenere l'equivalente del 10% della base d'asta per il risarcimento da perdita di *chance*.

²⁰ Corte Giust. UE, causa C-547/22, *Ingsteel spol. s.r.o. c. Úrad pre verejné obstarávanie*, cit. Cfr. Corte Giust. UE, causa C-314/09, sentenza 30 settembre 2010, *Stadt Graz c. Strabag AG*, p.to. 34. Si veda, di recente: M.P. CHITI, "La responsabilità civile della pubblica amministrazione nella intersezione del diritto nazionale e del diritto europeo", relazione nel Convegno "Le Responsabilità per gli Illeciti degli Enti Pubblici", cit.; S.V. TREUMER, *Basis and conditions for a damages claim for breach of the EU public procurement rules*, in D. FAIRGRIEVE, F. LICHÈRE, *Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy*, Hart, Oxford, 2011, p. 150 ss.; H. SCHEBESTA, *Damages in EU Public Procurement Law*, Heidelberg, 2016, p. 52 ss.

²¹ I diversi orientamenti nazionali sui danni risarcibili appaiono "espressione di scelte interpretative e applicative, piuttosto che di una eterogeneità strutturale dell'istituto". Così: G. GRECO, *Conclusioni del Convegno*, in G. GRECO (a cura di), *La giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa. Atti del Convegno 20 maggio 2011*, Università degli Studi di Milano, Milano, 2012, p. 231 ss.

²² Cons. Stato, Ad. plen., sentenza 4 maggio 2018, n. 5, come ripreso dalle Ad. plen. nn. 19, 20 e 21/2021, che accolgono le prospettazioni proposte: G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., p. 41 ss.

tratto²³. Pare da rilevare che anche in altri settori dell'economia si delineano degli obblighi di cooperazione delle imprese verso l'amministrazione, come ad esempio nella *cooperative compliance*²⁴, che per il privato costituiscono espressione del generale dovere di fedeltà alla Repubblica, mentre, come noto, al funzionario pubblico è richiesta oltre alla fedeltà, anche la disciplina e l'onore (art. 54 Cost.)²⁵.

Nelle relazioni tra organizzazioni complesse²⁶ l'asimmetria risulta spesso rovesciata a favore del privato, imponendo di riconsiderare l'affidamento e la reciproca buona fede, con le connesse conseguenze in termini di responsabilità, di tutela risarcitoria e dei connessi profili assicurativi²⁷.

Ora, anche la giurisprudenza pare riconoscere un rapporto amministrativo strutturato disciplinato dalla legge, anche se asimmetrico (e non sempre a favore della parte pubblica) che richiede correttezza e collaborazione reciproca, anche più intensa per la parte pubblica (correttezza rafforzata), ma imprescindibile per entrambe²⁸, da sviluppare sulla base di un rapporto di "fiducia digitale" tracciabile mediante l'uso di piattaforme e l'analisi dati che dia evidenza della effettiva buona amministrazione²⁹.

²³ Si veda: G. GRECO, *La buona fede nell'esercizio del potere amministrativo*, relazione nel Convegno "Le Responsabilità per gli Illeciti degli Enti Pubblici", cit., che richiama le previsioni sull'obbligo di buona fede e correttezza nella legge generale sul procedimento amministrativo e più di recente nel nuovo codice dei contratti pubblici. Principio collegato, nel Codice, a quello della fiducia tra amministrazione appaltante e operatori economici. Si può rinviare a: G.M. RACCA, *La "fiducia digitale" nei contratti pubblici tra piattaforme e data analysis*, in *Ist. fed.*, n. 2/2023, p. 357 ss.

²⁴ 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*, Torino, 2014; L. STRIANESE, *La tax compliance nell'attività conoscitiva dell'Amministrazione finanziaria*, Roma, 2014 e più di recente: A. TROPEA, *I profili giuridici dell'adempimento collaborativo*, in *Riv. trim. dir. trib.*, n. 3-4/2017, p. 789 ss.

²⁵ F. MERLONI, R. CAVALLO PERIN (a cura di), *Al servizio della nazione, Etica e statuto dei funzionari pubblici*, Milano, 2009.

²⁶ Per un'analisi sulle relazioni organizzative, anche con riguardo alla cooperazione tra amministrazioni acquirenti, si veda: F. D'ANGELO, *Pluralismo degli enti pubblici e collaborazione procedimentale: per una rilettura delle relazioni organizzative nell'amministrazione complessa*, Torino, 2022.

²⁷ Così anche: R. CAVALLO PERIN, Introduzione al Convegno "Le Responsabilità per gli Illeciti degli Enti Pubblici", cit.

²⁸ Su cui: Cons. Stato, Ad. plen., 12 maggio 2017 n. 2; cfr. art. 41, comma 2, d.lgs. n. 104/2010.

²⁹ G.M. RACCA, *Le responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, cit., p. 601 ss.

2. *La fiducia digitale e gli obiettivi di concentrazione e di effettività della tutela.*

La prospettiva dell'attività conoscitiva digitale consente, come detto, la riconsiderazione e comparazione di ciò che ha da essere corretto nei rapporti con l'amministrazione pubblica nelle diverse aree di azione per rispondere agli obiettivi di innovazione e buona amministrazione nel quadro europeo³⁰.

Ambito che, nel corso del tempo, si è arricchito di norme sostanziali, costituendo un corpus normativo ampio e dettagliato³¹, anche nella prospettiva della Corte di Giustizia sulla effettività della tutela e la responsabilità, pur riconoscendo, come ricordato, “autonomia procedurale degli Stati membri”, purché ciò non escluda l'effettività della tutela.

La rilevata mancata integrazione dei mercati dei contratti pubblici rivela, tuttavia, le peculiarità italiane dei recepimenti delle direttive, e le scelte di *goldplating* ancora da superare richiedono il superamento della informatizzazione e la effettiva digitalizzazione a favore degli operatori del mercato, non tanto per assicurare concorrenza, ma per il risultato di buona amministrazione digitale³².

Sul fronte del diritto interno, i recenti sviluppi nel diritto amministrativo hanno modificato il rapporto tra amministrazione e i privati, richiedendo un'evoluzione del contratto pubblico: da modello di parti contrapposte, con i normali comportamenti opportunistici, verso modelli di accordo collaborativo, fondato sulla modellazione digitale³³.

³⁰ R. CAVALLO PERIN, Introduzione al Convegno “Le Responsabilità per gli Illeciti degli Enti Pubblici”, cit. Si veda anche: ID., *Dalle riforme astratte dell'amministrazione pubblica alla necessità di amministrare le riforme*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2021, p. 73 ss., cfr. Commissione UE, *Una nuova agenda europea per l'innovazione*, Strasburgo, 5 luglio 2022; Commissione UE, *Rafforzamento dello spazio amministrativo europeo (ComPAct)*, Bruxelles, 25 ottobre 2023 ove si identificano gli appalti pubblici come settore ad alto grado di innovazione. Si veda per tutti: M.P. CHITI, *Lo spazio giuridico europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 6/2001, p. 979 ss.

³¹ Corte Giust. UE, causa C-547/22, *Ingsteel spol. s.r.o. c. Úrad pre verejné obstarávanie*, cit. Sul punto anche: M.P. CHITI, “*La responsabilità civile della pubblica amministrazione nella intersezione del diritto nazionale e del diritto europeo*”, relazione nel Convegno “Le Responsabilità per gli Illeciti degli Enti Pubblici”, cit.; più in generale, sempre: ID., *La responsabilità dell'amministrazione nel diritto comunitario*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, n. 3-4/2009, p. 505 ss.

³² Corte dei conti UE, *Appalti pubblici nell'UE. Meno concorrenza per i contratti di lavori, beni e servizi aggiudicati nel periodo 2011-2021, relazione speciale n. 28/2023*, 25 ottobre 2023 e le Risposte della Commissione, 28 novembre 2023, nonché le Conclusioni del Consiglio del 24 maggio 2024.

³³ G.M. RACCA, *La modellazione digitale per l'integrità, l'efficienza e l'innovazione nei contratti pubblici*, in *Ist. fed.*, n. 3/2019, p. 739 ss.; EAD., *I contratti pubblici collaborativi e le pro-*

La prospettiva di un'alleanza digitale consente di sanzionare con il risarcimento del danno precontrattuale l'operatore economico che abbia concorso all'esito della gara illegittimo, ma anche che non accetti le nuove "regole del gioco digitale"³⁴. Questo potrebbe verificarsi, ad esempio, nel caso in cui l'operatore presenti offerte anomale e l'occultamento dei costi obbligatori, che saranno oramai tracciabili con l'intelligenza artificiale, definendo nuove casistiche di figure sintomatiche dello sviamento e della scorrettezza, in ragione dei più frequenti tipi di trattativa³⁵.

L'attività amministrativa non è mai libera ma deve sempre perseguire l'interesse pubblico, sicché si chiarisce che il potere pubblico è sempre funzionalizzato e trova nella vicenda contrattuale specifica rappresentazione³⁶, come chiarito dalla Corte costituzionale³⁷. La legittimazione straordinaria di ANAC³⁸ e dell'AGCM³⁹ evidenziano la necessità di assicurare che anche in attività di mercato la parte pubblica persegua sempre gli obiettivi di interesse della collettività, anche quando questi si pongano non in linea e persino in contrasto con quelli degli operatori economici⁴⁰.

spettive innovative della modellazione digitale (il Building Information Modeling), in G.F. FERRARI (dir.), *La prossima città*, Milano, 2020, p. 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., p. 223 ss.

³⁴ Art. 5, comma 4, d.lgs. n. 36/2023; art. 124, d.lgs. n. 104/2010. Sul concorso di colpa del creditore: P.G. MONATERI, *La responsabilità contrattuale e precontrattuale*, Torino, 1998, spec. p. 272.

³⁵ Come già prospettato in: G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., p. 251. Cfr. D.-U. GALETTA, *Algoritmi, procedimento amministrativo e garanzie: brevi riflessioni, anche alla luce degli ultimi arresti giurisprudenziali in materia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 4/2020, p. 501 ss.

³⁶ Sul tema di recente: E. GUARNIERI, *Funzionalizzazione e unitarietà della vicenda contrattuale negli appalti pubblici*, Bologna, 2022. Cfr. M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996.

³⁷ Corte cost. 23 novembre 2017, n. 401, spec. p.to 6.8.

³⁸ Art. 220, comma 2, d.lgs. n. 36/2023, cit. Tale strumento (prima disciplinato dall'art. 211 del d.lgs. n. 50/2016) è stato utilizzato da ANAC per la prima volta nel contenzioso sul caso Asmel. Sul tema: 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 *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 2/2021, p. 185 ss.

³⁹ Art. 21-bis, legge 10 ottobre 1990, n. 287.

⁴⁰ Si veda di recente: P. LAZZARA, *Legittimazione a ricorrere di ANAC e centralizzazione delle committenze*, nota a sentenza: TAR Lombardia Milano, Sez. II, 3 febbraio 2020, n. 240, in *Foro*

Si evidenzia la necessità di un corretto rapporto di fiducia, in cui sia attribuito al giudice amministrativo il ruolo di garante delle responsabilità, configurando così una giurisdizione esclusiva per i contratti pubblici, per assicurare il risultato della “buona contrattazione digitale”⁴¹. La funzionalizzazione dell’attività contrattuale al perseguimento dell’interesse pubblico 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 esclusiva⁴².

Superando la tesi secondo cui il riconoscimento dell’illegittimità dell’atto era considerato il presupposto necessario per qualificare la condotta dell’amministrazione come oggettivamente illecita, pare potersi affermare, come da tempo evidenziato, che nella fattispecie che genera responsabilità è il “comportamento” tenuto dall’amministrazione nell’esercizio della funzione appalti ad essere rilevante, il quale può includere, ma non si limita necessariamente, all’atto amministrativo e ai profili di illegittimità⁴³. Si tratta, come sostenuto da tempo, di una responsabilità non da provvedimento, ma da comportamento⁴⁴; mai da comportamento mero, bensì sempre tenuto nell’ambito dell’eser-

amm., n. 5/2020, p. 999 ss.; ID., *Legittimazione straordinaria ed ‘enforcement’ pubblico dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Dai compiti di segnalazione all’impugnazione degli atti contrari alle regole della concorrenza e del mercato*, in *Conc. merc.*, n. 1/2018, p. 65 ss.

⁴¹ Principio che pare potersi desumere dall’art. 1, comma 1, d.lgs. n. 104/2010. Così: G. GRECO, *La buona fede nell’esercizio del potere amministrativo*, relazione nel Convegno “Le Responsabilità per gli Illeciti degli Enti Pubblici”, cit.

⁴² Così: G. GRECO, *Accordi e contratti della pubblica amministrazione tra suggestioni interpretative e necessità di sistema*, cit., p. 413 ss. Cfr. A. POLICE, *Giurisdizione esclusiva*, nel *Dizionario di diritto pubblico* (diretto da S. Cassese), vol. III, Milano, 2006, p. 2754 ss. Più di recente: F.G. SCOCA, *Fondamento e tutela delle posizioni soggettive*, intervento al Convegno “I principi di diritto amministrativo italiano tra innovazione e tradizione”, Sapienza Università di Roma, 9 giugno 2022, Presentazione del volume: A. ROMANO (a cura di), *Manuale di Diritto amministrativo*, Torino, 2022.

⁴³ Così già: E. CASSETTA, *L’illecito degli enti pubblici*, cit., *passim*; Cfr. G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., spec. 310 ss.; A. ROMANO TASSONE, *La responsabilità della P.A. tra provvedimento e comportamento (a proposito di un libro recente)*, cit., p. 209. Di recente: G. GRECO, *Accordi e contratti della pubblica amministrazione tra suggestioni interpretative e necessità di sistema*, cit., p. 413 ss.

⁴⁴ G. GRECO, *La buona fede nell’esercizio del potere amministrativo*, relazione nel Convegno “Le Responsabilità per gli Illeciti degli Enti Pubblici”, cit., con posizione critica sulla distinzione tra i profili di validità e di responsabilità, sottolineando che il canone di buona fede, come norma “strumentale all’esercizio del potere amministrativo”, può ben incidere sulla le-

cizio di un pubblico potere, in cui il giudizio sull'illegittimità si distingue da quello sulla responsabilità, pur potendo, per certi versi, sovrapporsi.

3. *La prospettiva funzionale della responsabilità e la necessaria gestione del rischio nel procurement pubblico.*

La dimensione costituzionale del “rapporto giuridico amministrativo”⁴⁵ e delle connesse responsabilità delle organizzazioni pubbliche richiede, come ricordato, di partire dalla prospettiva funzionale, che oscilla tra il risarcimento e le differenti sanzioni (penale, civile, amministrativa, disciplinare) sia per gli enti, sia per gli agenti.

Sembra possibile riconsiderare la responsabilità della pubblica amministrazione⁴⁶ verso una responsabilità “per rischio”⁴⁷, oggi correlato alla trasformazione digitale⁴⁸. Rispetto alle tradizionali concezioni compensativa e preventiva, pare

gittimità dell'esercizio del potere, con riconoscimento anche a livello comunitario dove la tutela dell'affidamento può portare all'annullamento dell'atto amministrativo.

⁴⁵ A. ROMANO TASSONE, *La responsabilità della P.A. tra provvedimento e comportamento (a proposito di un libro recente)*, cit., p. 209 ss.

⁴⁶ Sul tema già: E. CASSETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, cit., *passim*; R. ALESSI, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Milano, 1955, spec. p. 143 ss.; E. FOLLIERI, *Risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi*, Chieti, 1984; G. GRECO, *I contratti dell'Amministrazione tra diritto pubblico e privato*, cit., p. 115 ss.; G. COCA, *Risarcibilità ed interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2000, p. 31 ss.; A. ROMANO, *Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi?*, in *Foro it.*, n. 1/1999, p. 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, p. 487; A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, Milano, 2005; G.U. RESCIGNO, *La tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi secondo la Costituzione italiana (dialogando con Andrea Orsi Battaglini a proposito del suo libro Alla ricerca dello stato di diritto)*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2006, p. 111 ss. Si veda, più di recente: G. MANNUCCI, *La Costituzione «dimenticata» le responsabilità proprie dei funzionari*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1/2021, p. 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, p. 705 ss.

⁴⁷ P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., p. 13. Cfr. P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in R. SACCO (dir.), *Trattato di diritto civile*, Torino, 1998, spec. p. 79. Cfr. C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, spec. p. 19 ss.

⁴⁸ OECD, *Managing risks in the public procurement of goods, services and infrastructure*, Paris, 2023. Si veda: V. CANTINO, P. DE VINCENTIIS, G. RACCA (a cura di), *Risk management: perspectives and open issues. A multi-disciplinary approach*, London, UK, 2016, spec. p. 835 ss.

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 giurisdizionali⁴⁹.

Le trasformazioni digitali richiedono, in particolare, una ridefinizione del modello organizzativo e della gestione dei rischi “di posizione” – o dell’“apparato” – che permetta l’individuazione delle misure di monitoraggio, controllo e riduzione e riconoscano l’imputazione degli atti, anche automatizzati, per individuare le relative responsabilità⁵⁰. Le responsabilità del funzionario pubblico (con una evoluzione della definizione dell’errore digitale scusabile) e il danno correlato alla deviazione dagli *standard*⁵¹ potrebbe essere attribuito all’organizzazione o al produttore della tecnologia, congruamente assicurato, secondo gli indici statistici o ormai predittivi, desunti dall’intelligenza artificiale⁵².

Si è visto come l’assicurazione sia parsa mostrarsi utile a integrare le funzioni tradizionalmente associate alla responsabilità per rispondere a fini di interesse generale⁵³; prospettiva che trova conferma nelle recenti iniziative euro-

⁴⁹ P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, cit., p. 3 ss.; S. SICA, *La responsabilità civile tra struttura, funzione e «valori»*, in *Resp. civ. prev.*, n. 4-5/1994, p. 543 ss.; 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. 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*, Milano, 1975. Sull’evoluzione e sulla funzione “sociale” dell’assicurazione nel sistema della responsabilità medico-sanitaria: M.P. MANTOVANI, *L’assicurazione della responsabilità civile medico-sanitaria*, Napoli, 2017, spec. p. 14 ss. Sul collegamento tra responsabilità civile e assicurazione: G. PONZANELLI, *Assicurazione e responsabilità civile: i termini del loro rapporto*, in *Dir. ec. ass.*, n. 2/2011, p. 571 ss.

⁵⁰ 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, p. 1073 ss.

⁵¹ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Public Administration Algorithm Decision-Making and the Rule of Law*, in *European Public Law*, vol. 27, 1/2021, p. 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.

⁵² R. CAVALLO PERIN, *Dalle riforme astratte dell’amministrazione pubblica alla necessità di amministrare le riforme*, cit., p. 73 ss.; ID., *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Dir. amm.*, n. 2/2020, p. 305 ss.

⁵³ D. DE PRETIS, intervento conclusivo al convegno “Le Responsabilità per gli Illeciti degli Enti Pubblici”, cit.

pee sul digitale⁵⁴ e sulle attività svolte e monitorate mediante piattaforme⁵⁵ che permettono di ridurre gli errori e gli scostamenti dagli *standard* predefiniti, con il limite individuato dal necessario rispetto del principio di legalità⁵⁶.

Le responsabilità delle amministrazioni pubbliche, da tempo ricondotte all'organizzazione, anche dalla Corte di Giustizia UE⁵⁷, richiedono infatti una nuova sistematica che tenga conto anche delle interpretazioni funzionali connesse alla allocazione dei costi e benefici e alla gestione dei rischi, recuperando in modo innovativo le ormai superate configurazioni di modelli organizzativi e gestionali che non sono parsi idonei a prevenire abusi e condotte illecite⁵⁸.

Si tratta di affermare, anche verso la pubblica amministrazione, in transizione digitale, i generali obblighi di protezione (declinati oggi anche come gestione dei rischi) e di prestazione sicché la loro violazione determina responsabilità "da inadempimento" di obblighi sempre più standardizzati dalla pubblicazione del bando e la presentazione delle offerte su piattaforme e *e-forms* che ne permettono la piena tracciabilità digitale⁵⁹.

⁵⁴ Profili rilevanti per la disciplina dell'intelligenza artificiale sono presenti nel *Digital Services Act Package*, composto dal *Digital Market Act* (DMA) e dal *Digital Service Act* (DSA). V. rispettivamente: 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); 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).

⁵⁵ 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.

⁵⁶ B. MARCHETTI, *Amministrazione digitale*, in *Enc. dir. (I tematici)*, Milano, 2022, p. 75 ss. Cfr. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano troppo umano. Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2019, p. 5 ss.; A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 4/2019, p. 1149 ss.; G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Predeterminazione, analisi predittiva e nuove forme di intellegibilità*, Napoli, 2019.

⁵⁷ Corte Giust. UE, 30 settembre 2010, C-314/09, *Stadt Graz c. Strabag AG*, cit.

⁵⁸ Il riferimento è al modello di *governance* societaria di cui al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, *Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300*. Sul tema: V. CANTINO, P. DE VINCENZIIS, G. RACCA (a cura di), *Risk management: perspectives and open issues. A multi-disciplinary approach*, cit., e specialmente i contributi pubblicati nella sezione "*Integrity Public Sector Risk Management: Public Procurement Sector*", p. 835 ss.

⁵⁹ La pubblicazione elettronica dei bandi di gara dal 25 ottobre 2023 richiede l'uso di *e-Forms* per raccogliere e pubblicare i dati sugli appalti al fine di rispettare il principio dell'invio

La giurisdizione del giudice amministrativo riguarda quelle condotte amministrative che si evidenzino, mediante la tracciabilità digitale, come scorrette, contraddittorie e non collaborative, includendo ogni comportamento che risulti connesso all’esercizio della funzione appalti anche solo in via mediata⁶⁰. Può trattarsi anche solo dell’omessa adozione di atti organizzativi del servizio pubblico, come di recente precisato dalla Corte costituzionale⁶¹, che ha escluso la giurisdizione amministrativa solamente sui comportamenti meramente materiali non riconducibili all’esercizio di poteri pubblici (insidie e trabocchetti, omissione di custodia)⁶².

In tale rinnovata prospettiva digitale la giurisdizione “unica” del giudice amministrativo sulla responsabilità da scorrettezza⁶³, intesa come violazione degli *standard* 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 (art. 6 CEDU), garantendo anche quella concentrazione delle tutele funzionale al giusto processo (art. 111 Cost.) imprescindibile nella necessaria transizione digitale⁶⁴.

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. Si v.: W. RHODRI, *New rules on digital forms*, in *Public Procurement Law Review*, n. 3/2020, p. 81 ss. L. TORCHIA, *Lo Stato digitale*, Bologna, 2023.

⁶⁰ Corte cost., sent. 15 luglio 2022, n. 178, in cui si dichiara la non fondatezza delle questioni di legittimità costituzionale sollevate in riferimento all’art. 133, comma 1, lett. p), c.p.a., 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 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. Sul punto: G. GRECO, *Accordi e contratti della pubblica amministrazione tra suggestioni interpretative e necessità di sistema*, cit., p. 413 ss., ove si evidenzia che tali attività e valutazioni non risultano estranee al giudice amministrativo.

⁶¹ G.M. RACCA, *Le responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, cit., p. 601 ss.

⁶² Così: Corte cost. 29 aprile 1999, n. 156. Si veda, più di recente: Cass. civ., Sez. III, sentenza 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 caditoia d’acqua su pubblica via.

⁶³ Si veda: G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell’appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d.lgs. 53/2010*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 3-4/2010, p. 729 ss., per cui “l’eventuale responsabilità precontrattuale, derivante dai danni subiti a seguito dell’illegittima procedura di aggiudicazione, pare comunque di competenza del G.A.”.

⁶⁴ Art. 1, comma 1, d.lgs. n. 104/2010. Cfr. E. GUARNIERI, *Funzionalizzazione e unitarietà*

Evoluzione che permette di prospettare una responsabilità “funzionalizzata” che supera la dicotomia tra modello giuridico extracontrattuale e contrattuale, verso un sistema di gestione dei rischi e di riallocazione e redistribuzione delle risorse⁶⁵. La responsabilità civile, ed in particolare quella nei confronti della pubblica amministrazione, riflette, infatti, l’evoluzione di nuovi interessi, cui sono correlati nuovi problemi e nuove regole.

L’obiettivo diviene regolare i rapporti e i flussi fra i grandi “bacini” di risorse connesse alle funzioni pubbliche, come il sistema sanitario e di previdenza sociale, con i connessi meccanismi assicurativi dei rischi, le transazioni per i fatti dannosi, che solo in minima parte determinano giudizi di responsabilità. Evoluzione che richiede sistemi e strumenti di riequilibrio, che, tramite rilevazioni digitali, correggano le distorsioni e prevengano i rischi e le attività dannose, incentivando comportamenti corretti.

Le ricerche sulle responsabilità, anche delle pubbliche amministrazioni, dovranno sviluppare queste analisi, sempre a partire dalle solide basi di conoscenza giuridica degli interessi pubblici e dei principi esaminati dai nostri Maestri.

della vicenda contrattuale negli appalti pubblici, cit., p. 311 ss. Sul diritto ad un equo processo, per tutti F. MERUSI, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna 2012, p. 113 ss.

⁶⁵ P. TRIMARCHI, *Illecito (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, p. 90 ss., spec. p. 108, in cui si segnala come “la responsabilità civile può essere lo strumento per una redistribuzione dei danni secondo la direttiva economica che vuole addossato all’imprenditore il rischio lecito d’impresa”. Si veda anche: ID., intervento al Convegno “Sistema e senso della responsabilità civile”, Università degli Studi di Trento, 6 aprile 2017.