



OSSERVATORIO TRASPARENZA
10 LUGLIO 2024

Abuso d'ufficio e contratti pubblici

di Gabriella M. Racca
Professore ordinario di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Torino



Abuso d'ufficio e contratti pubblici*

di Gabriella M. Racca

Professore ordinario di Diritto amministrativo

Università degli Studi di Torino

Abstract [It]: Il contributo analizza le prospettive di riforma del reato di abuso d'ufficio nel contesto dei contratti pubblici, evidenziando la necessità di garanzia di legalità e integrità per superare la limitata efficacia delle sanzioni penali, civili, amministrative e disciplinari nel prevenire e reprimere comportamenti devianti. La necessità di sviluppare un diritto amministrativo della prevenzione della corruzione si accompagna allo sviluppo di strumenti digitali per l'*e-procurement* per monitorare, gestire e prevenire il rischio di *maladministration*, con un approccio basato sulla trasparenza e interoperabilità dei dati. Potrebbe affermarsi un nuovo sistema digitale di prevenzione e contrasto alla cattiva amministrazione fondato sulla collaborazione tra amministrazione e operatori economici basato su un nuovo patto di “fiducia digitale”.

Title: Abuse of office and public contracts

Abstract [En]: The article analyses the proposed reform of Italian crime of “abuse of function” in the public procurement sector. New perspectives should ensure legality and integrity to overcome the limited effectiveness of criminal, civil, administrative and disciplinary sanctions in preventing and sanctioning deviant behaviours. The prevention of corruption evolves through digital platforms for e-procurement, aimed at monitoring, managing and preventing the risk of maladministration. This approach is based on transparency and interoperability of fluxes of data, to constitute a new digital system for preventing and combating maladministration. The cooperation among public administrations and economic operators might create a new alliance for “digital trust”.

Parole chiave: abuso d'ufficio, buona amministrazione, fiducia digitale, adeguatezza, tutela giurisdizionale

Keywords: abuse of function, good administration, digital trust, adequacy, judicial protection

Sommario: **1.** La buona amministrazione nei contratti pubblici e la rilevanza penale, civile, amministrativa e disciplinare dei comportamenti e degli atti dei funzionari pubblici. **2.** La prevenzione digitale dei rischi corruttivi: adeguatezza organizzativa ed effettività della tutela giurisdizionale. **3.** I principi di collaborazione e buona fede tra amministrazione e operatori economici per un rinnovato patto di “fiducia digitale”.

1. La buona amministrazione nei contratti pubblici e la rilevanza penale, civile, amministrativa e disciplinare dei comportamenti e degli atti dei funzionari pubblici

L'abuso d'ufficio come fattispecie di reato posta a presidio della buona amministrazione solleva numerose criticità in particolare nel contesto del complesso sistema dei contratti pubblici, che vede coesistere differenti strumenti e misure volti ad assicurarne la legalità e la correttezza della funzione appalti¹.

* Articolo sottoposto a referaggio. L'articolo sviluppa quanto presentato al “Seminario di studi - Abuso d'ufficio e diritto alla buona amministrazione”, svoltosi presso l'Università degli Studi di Bari, 31 gennaio 2023.

¹ Art. 323 c.p., come modificato dall'art. 23, c. 1, d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni dalla l. 11 settembre 2020, n. 120, *Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale*, che dispone: “Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto è punito con la reclusione da uno a quattro anni. La

Il complesso di sanzioni e di responsabilità penali, civili, amministrative, disciplinari, unitamente alle forme di gestione dei rischi di *maladministration* pare non risultino efficaci per assicurare la prevenzione ed un'efficace funzione deterrente e di contrasto ai comportamenti devianti rispetto all'obiettivo della "buona contrattazione"².

Anche le specifiche figure di reato, come ad esempio la "turbata libertà del procedimento di scelta del contraente"³, non sembra siano risultate particolarmente efficaci nel presidio di legalità e le applicazioni e conseguenti condanne sono ridottissime⁴.

Si è dunque nel tempo constatato che le differenti fattispecie generali come l'abuso d'ufficio o più specifiche, come la turbativa d'asta e la turbata libertà del procedimento di scelta del contraente, non hanno assicurato quella funzione di contrasto, né di efficace deterrenza per la legalità e integrità della funzione appalti, come invece ad esempio una effettiva applicazione del *delit de favoritisme* ha svolto nell'ordinamento francese⁵.

pena è aumentata nei casi in cui il vantaggio o il danno hanno un carattere di rilevante gravità". Il d.d.l. n. 808/2023, presentato in Senato il 19 luglio 2023, c.d. "d.d.l. Nordio", prevede all'art. 1, comma 1 l'abrogazione dell'art. 323 c.p. Il disegno di legge è stato approvato dal Senato il 13 febbraio 2024, ed è in corso la trattazione alla Camera in II Commissione Giustizia. Si v. gli interventi critici sull'abrogazione del reato di M. GAMBARDELLA, M. PELISSERO, R. CANTONE, G. LATTANZI, R. GAROFOLI in *sistemapenale.it*, settembre 2023.

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*. Per una più ampia analisi della "buona contrattazione" sia consentito il rinvio a: 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, p. 601 ss. Più in generale, 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 (Directed by J. B. Auby)*, Bruylant, Bruxelles, 2014, *passim*.

³ Art. 353-*bis* c.p. Cfr.: Corte Cass., sez. VI penale, 16 febbraio 2022, n. 5536, in cui si afferma che il reato si consuma indipendentemente dalla realizzazione del fine, essendo sufficiente che sia messa in pericolo la correttezza della procedura amministrativa volta a stabilire il contenuto del bando o di altro atto equipollente, in ciò consistendo il suo turbamento. OECD, [Analytics for Integrity: Data-Driven Approaches for Enhancing Corruption and Fraud Risk Assessments](#), 2019.

⁴ È stato rilevato che le condanne per abuso d'ufficio sono il 3%, statisticamente attestando 5400 procedimenti nel 2021, con 9 condanne dinanzi al GIP e 18 condanne in dibattimento, cfr. ItaliaOggi, 12 gennaio 2023.

⁵ Art. 432-14 del *Code Pénale* francese, compreso nella sezione *Des manquements au devoir de probité*: "Est puni de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 200 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les contrats de concession". Cfr. Y. MARIQUE, *Integrity in English and French Public Contracts. Towards Clarifying Administrative Cultures*, in J.-B. AUBY, E. BREEN, T. PERROUD (a cura di), *Corruption and Conflicts of Interest. A Comparative Law Approach*, Cheltenham-Northampton, 2014, p. 85 ss. e spec. p. 94 ss.; E. MORLINO, *International Public Procurement*, in S. CASSESE (a cura di), *Research Handbook on Global Administrative Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham-Northampton, 2016, p. 82 ss. Di recente, per una ricostruzione dell'istituto in prospettiva comparata: E. MATTEVI, [L'abuso d'ufficio in prospettiva comparata. Un contributo al dibattito sulla riforma](#), in *Giustizia insieme*, 17 luglio 2023.

Il complesso normativo richiamato non pare dunque assicurare l'effettiva tutela dell'interesse pubblico alla buona amministrazione nei contratti pubblici⁶.

Il settore dei contratti pubblici si pone in stretta connessione con il diritto amministrativo della prevenzione della corruzione, con la conseguente normativa che da oltre dieci anni, in adempimento delle convenzioni internazionali, ha determinato l'istituzione dell'ANAC⁷ e, più in generale con lo sviluppo di metodologie per il monitoraggio e la gestione dei rischi di cattiva amministrazione e di corruzione in senso ampio⁸. Ciò è peraltro in analogia con i sistemi di *compliance* previsti per gli operatori economici che, per svariate ragioni, quali la facoltatività ed il mancato sviluppo di una effettiva cultura e applicazione quotidiana della *compliance*, non paiono, in Italia, raggiungere i risultati attesi⁹.

Nemmeno le differenti riforme della fattispecie di reato di abuso d'ufficio, anche nella sua attuale formulazione¹⁰, "semplificata"¹¹ nel periodo pandemico¹², paiono aver raggiunto l'obiettivo.

Infatti, le modifiche normative, che confermano i limiti edittali della pena da uno a quattro anni, attribuiscono rilevanza alla violazione da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio di "specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge" nello

⁶ L. CARBONE, *La scommessa del "Codice dei contratti pubblici" e il suo future*, relazione al Convegno "Il nuovo codice degli appalti – La scommessa di un cambio di paradigma: dal codice guardiano al codice volano?" - Roma, 27 gennaio 2023, sito web della [Giustizia amministrativa](#).

⁷ D.l. 24 giugno 2014 n. 90, art. 19, conv. in l. 11 agosto 2014, n. 114.

⁸ Si richiama: G.M. RACCA, *Dall'Autorità sui contratti pubblici all'Autorità nazionale anticorruzione: il cambiamento del sistema*, in *Dir. Amm.*, n. 2-3/2015, p. 345 ss. Di recente, *Dieci anni dopo la legge 190: tendenze e sfide dell'anticorruzione - Istituzioni del federalismo*, n. speciale 3/2022 di *Ist. federalismo*, spec. E. CARLONI, *Dove va l'anticorruzione: un bilancio critico a dieci anni dalla legge 190*, p. 303 ss. e R. CANTONE, *L'anticorruzione: un bilancio tra prevenzione e repressione*, p. 321 ss.

⁹ 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*, cit., p. 247 ss.

¹⁰ Come è stato sostenuto, l'abuso tradizionalmente presuppone il discorso sul potere amministrativo e sulle sue declinazioni, A. CIOFFI, *Abuso d'ufficio e diritto amministrativo. Il problema dei due ordinamenti tra eterointegrazione e incorporazione*, in *Dir. Amm.*, n. 2/2021, p. 285 ss. Cfr. S. PERONGINI, *L'abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione. Con una proposta di integrazione della riforma introdotta dalla l. 120/2020*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 24 ss. Sul rapporto fra potere amministrativo e politico, B.G. MATTARELLA, *Burocrazia normativa: il valore della legge e il ruolo dell'amministrazione*, in *Analisi giuridica dell'economia*, n. 1/2020, p. 75 ss.

¹¹ S. BATTINI, *Abuso d'ufficio e burocrazia difensiva nel groviglio dei rapporti fra poteri dello Stato*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 4/2022, spec. p. 507, che richiama l'analisi svolta nella pronuncia Corte Cost., 18 gennaio 2022, n. 8. La nota sentenza analizza la questione di legittimità costituzionale dell'art. 23, c. 1, d.l. 16 luglio 2020, n. 76, *Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale*, sollevata da un G.U.P. chiamato a pronunciarsi su una procedura di selezione per il conferimento di un incarico temporaneo di dirigente medico di un'azienda ospedaliera calabrese, fatta oggetto di indagine penale al termine della quale il P.M. dispone il rinvio a giudizio dei membri della Commissione, imputati di aver intenzionalmente favorito due candidati che già prestavano servizio in regime di convenzione con la struttura ospedaliera. Per un'analisi e commento alla sentenza, cfr. anche G. BOTTINO, *Il conflitto tra il legislatore e la giurisprudenza come causa della "burocrazia difensiva": la responsabilità penale per "abuso d'ufficio" come paradigma*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, n. 2/2022, p. 241 ss.

¹² 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, p. 103 ss.

svolgimento delle funzioni pubbliche ove non residuino margini di discrezionalità, con il fine dichiarato di attenuare l'elevato grado di atipicità del reato¹³.

Anche in passato, nonostante lo scarso numero di casi condotti a sentenza definitiva di abuso d'ufficio, la norma ha avuto l'effetto di moltiplicare le iscrizioni per questo reato inducendo ritardi o inerzie delle scelte amministrative e dell'esercizio della discrezionalità, facendo emergere l'incongruenza di una norma che, invece, avrebbe dovuto garantire integrità e celerità all'azione amministrativa.

Il contrasto ai fenomeni di cattiva amministrazione, come già accennato, dovrebbe avvenire non solo con la repressione penale dei reati contro la pubblica amministrazione, ma soprattutto sviluppando un vero e proprio diritto amministrativo della prevenzione della corruzione e di gestione del rischio di *maladministration* attuata con strumenti digitali¹⁴.

Come noto, infatti, la corruzione nel diritto amministrativo si riferisce alla *maladministration*, fenomeno più ampio che ricomprende ogni spreco di risorse e cattiva amministrazione, laddove il danno che emerge per l'80% è dovuto all'incapacità e alla disorganizzazione in violazione del principio costituzionale di adeguatezza – che, nel caso dei contratti pubblici, impedisce di “contrattare bene” – mentre solo il 20% può essere attribuito a comportamenti dolosi di corruzione¹⁵.

In tale contesto è perciò essenziale contrastare, ma soprattutto prevenire tali comportamenti opachi e inefficienti dei funzionari pubblici in particolare mediante i nuovi strumenti forniti dalla trasformazione digitale e dall'analisi dati¹⁶.

Il nuovo Codice dei contratti pubblici, nell'enunciare il principio del risultato¹⁷ come specificazione del buon andamento¹⁸, richiede la corretta selezione e tempestiva esecuzione del contratto, funzionalizzando

¹³ R. FERRARA, *Abuso d'ufficio e discrezionalità amministrativa: alle origini del problema*, in *Dir. e proc. amm.*, n. 1/2022, p. 1 ss.; S. PERONGINI, *L'abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione. Con una proposta di integrazione della riforma introdotta dalla l. 120/2020*, cit., p. 153, ove afferma che l'intento dichiarato del legislatore è quello di delimitare le condotte suscettibili di integrare l'abuso d'ufficio, “restituendo tassatività alla relativa fattispecie penale astratta e espungendo definitivamente l'eccesso di potere dal novero delle patologie idonee a integrare il reato di abuso d'ufficio”.

¹⁴ OECD Public Governance Policy Papers, [Managing risks in the public procurement of goods, services and infrastructure](#), 2023, p. 22: “While public procurement organisations are digitalising an increasing proportion of their operations through the implementation and expansion of eprocurement systems, efforts to fully leverage data from these systems and other sources is often less advanced”.

¹⁵ G. M. RACCA, voce [Corruzione \(dir. amm.\)](#), in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, aggiornamento, Milano, 2017, p. 208 ss.; 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](#), cit., p. 23 ss.; E. CARLONI, *Corruzione (prevenzione della)* (voce), in *Enc. dir., I tematici*, 2022, p. 319 ss.

¹⁶ OECD Public Governance Policy Papers, [Managing risks in the public procurement of goods, services and infrastructure](#), cit., p. 22 “[...] standards such as the Open Contracting Data Standard (OCDS), can help to ensure that the procurement data collected and published meet global best practices and are fit-for-purpose to meet the needs of a range of different users [...]”. Cfr. sito web *Open Contracting Partnership*, [What is the OCDS and why use it?](#). R. CAVALLO PERIN (a cura di), *L'amministrazione pubblica con i big data: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2021.

¹⁷ Art. 1, d.lgs. 36/2023. Cfr. F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in sito web della [Giustizia amministrativa](#), 2023.

¹⁸ Cfr. “Best Value for Money”, 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](#), Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 58 ss.

l'intera attività contrattuale pubblica anche nella parte esecutiva, per il perseguimento dell'interesse pubblico¹⁹.

Lo stesso Codice sviluppa la gestione digitale dell'intero ciclo di vita dei contratti pubblici e ne prevede la loro piena interoperabilità con le rilevanti basi di dati, nel rispetto del principio dell'invio unico del dato²⁰. In tal modo si sostanzia un monitoraggio che possa assicurare la "buona contrattazione" e, come si dirà, la "fiducia digitale" fra le parti e verso i cittadini.

Più in generale va infatti ricordato come la stessa riforma che è intervenuta sull'abuso d'ufficio ha introdotto espressamente nella legge generale sul procedimento amministrativo il principio di reciproca collaborazione e buona fede²¹. L'idea della collaborazione e buona fede tra privato e amministrazione si applica all'attività come pure all'organizzazione ed al singolo funzionario che vi opera.

La divaricazione fra le differenti valutazioni e giudizi sui comportamenti e gli atti rilevanti per le differenti discipline (civile, penale e amministrativa) dell'attività contrattuale si è evidenziata nelle pronunce giurisprudenziali.

Si è chiarito che l'atto amministrativo ad esempio di revoca può essere legittimo, ma il comportamento tenuto verso le parti private può essere scorretto e determinare un obbligo di risarcimento del danno. Come un comportamento può apparire corretto e celare illegalità o reati rivelati solo dai più potenti mezzi di indagine, quali ad esempio le intercettazioni, o un comportamento può determinare danno erariale, in quanto non coerente con gli obiettivi di qualità e tempestività richiesti²².

È stato affermato che in diversi Paesi viene richiesto ai funzionari pubblici di documentare le attività esterne (ad esempio gli investimenti, i beni e i doni, i benefici o le relazioni) che potrebbero portare a un conflitto di interessi: in tal modo, i *database* delle dichiarazioni patrimoniali e dei conflitti di interessi possono essere utilizzati dalle amministrazioni aggiudicatrici per mitigare i rischi di corruzione e

¹⁹ Cons. St., Ad. Plen., 2 aprile 2020, n. 10; già R. CAVALLO PERIN, G.M. RACCA, [La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici](#), in *Dir. Amm.*, n. 2/2010, p. 325 ss., ID., [Material Amendments of Public Contracts during their Terms: From Violations of Competitions to Symptoms of Corruption](#), in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, n. 4/2013, p. 279 ss. Di recente, F. SAITTA, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Giustizia insieme*, 8 giugno 2023.

²⁰ Art. 19, comma 2 del d.lgs. n. 36 del 2023. G. CARLOTTI, *I principi nel Codice dei contratti pubblici: la digitalizzazione*, in [www.giustizia-amministrativa.it](#), 26 aprile 2023; G. CARULLO, *Piattaforme digitali e interconnessione informativa nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici*, in *federalismi.it*, 19/2023, p. 110 ss.; D.-U. GALETTA, *Digitalizzazione, Intelligenza artificiale e Pubbliche Amministrazioni: il nuovo Codice dei contratti pubblici e le sfide che ci attendono*, in *federalismi.it*, 2023, 12, p. IV ss.; 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, p. 104 ss.

²¹ "I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede" (art. 2, c. 1-bis, l. n. 241/1990, introdotto, appunto, dalla l. n. 120/2020). G.M. RACCA, *Le responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, cit., p. 601 ss.; G. MARLETTA, *I profili innovativi dell'introduzione legislativa dei principi di collaborazione e buona fede*, in *federalismi.it*, 2022, 25, p. 49 ss.

²² A. CIOFFI, *Abuso d'ufficio e diritto amministrativo. Il problema dei due ordinamenti tra eterointegrazione e incorporazione*, cit., p. 292 ss..

perseguire l'integrità, evidenziando i casi di cattiva amministrazione, oppure utilizzandoli per identificare e gestire le differenti tipologie di contratti a più alto rischio²³, attivando le misure di *self cleaning*²⁴.

Occorre distinguere le condotte penalmente rilevanti da quelle ascrivibili all'amministrazione come apparato, con i relativi atti amministrativi e le correlate differenti responsabilità dei funzionari (civile, penale, disciplinare, ma anche dirigenziale ed erariale), e gli effetti nei giudizi di legittimità e di responsabilità²⁵. In tale prospettiva, come si dirà, l'iscrizione di una notizia di reato dovrebbe avviare una immediata verifica delle possibilità di *self cleaning* anche del funzionario pubblico (in connessione con i Piani di prevenzione della corruzione e le sanzioni disciplinari), come dell'operatore economico in relazione alle misure di gestione del rischio che compromette la qualificazione, anche per i casi di gravi illeciti professionali. Si eviterebbero così i tempi del processo e gli effetti negativi dell'iscrizione del reato, le cui indagini potrebbero essere superate dalla correzione del comportamento deviante, dal pagamento di una sanzione ed in ogni caso dal ripristino del rapporto di fiducia e correttezza richiesto dal nuovo Codice dei contratti pubblici.

A questo proposito, di particolare rilievo è l'ipotesi di *self cleaning*²⁶ introdotta con riferimento alla causa di esclusione prevista per i tentativi di infiltrazione mafiosa²⁷ che comportano l'adozione dell'informazione antimafia interdittiva²⁸. Si è previsto che questa non opera se, entro la data dell'aggiudicazione, l'impresa sia stata ammessa al controllo giudiziario²⁹. In attuazione del principio della

²³ OECD Public Governance Policy Papers, *Managing risks in the public procurement of goods, services and infrastructure*, cit., p. 23; B. PONTI, *Attività amministrativa e trattamento dei dati personali. Gli standard di legalità tra tutela e funzionalità*, Franco Angeli, Milano, 2023, pp. 131 ss.

²⁴ Nel sistema dei contratti pubblici, si richiama l'art. 57, Direttiva 2014/24/UE e considerando 102, relativo alla possibilità per gli Stati membri di valutare l'adeguatezza delle misure correttive invocate dall'operatore economico. Cfr. G.M. RACCA, *Le innovazioni necessarie per la trasformazione digitale e sostenibile dei contratti pubblici*, in *federalismi.it*, n. 15/2022, p. 32 ss.; 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*, Jovene, Napoli, 2022, p. 1 ss.; M. CLARICH, *Le innovazioni per la qualificazione dell'operatore economico*, *ivi*, p. 79 ss. In prospettiva comparata, C.R. YUKINS, M. KANIA, *Suspension and Debarment in the U.S. Government: Comparative Lessons for EU's Next Steps in Procurement*, in *Procurement Law Journal*, UrT, n. 2/2019, p. 64 ss.

²⁵ G.M. RACCA, *La responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, cit., 601 ss.

²⁶ Nella Relazione illustrativa al Codice il Consiglio di Stato ha ricordato che tale ipotesi di *self cleaning* è stata inserita sulla base dell'Atto di segnalazione dell'ANAC n. 3 del 27 luglio 2022 che indicava l'opportunità di "allineare l'ambito soggettivo di applicazione del requisito previsto dall'art. 80, comma 2, decreto legislativo n. 50/2016, rispetto ai soggetti sottoposti alle verifiche antimafia ai sensi dell'art. 85 del Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione (d.lgs. n. 159/2011)".

²⁷ Art. 94, c. 2, d.lgs. n. 36 del 2023. Cfr. R. CANTONE, *La riforma della documentazione antimafia: davvero solo un restyling?*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 8-9/2013, p. 889 ss.; N. DURANTE, *Il contraddittorio nel procedimento di rilascio d'informazione antimafia*, in sito web della *Giustizia amministrativa*, 11 aprile 2022; F. FIGORILLI, W. GIULIETTI, *Contributo allo studio della documentazione antimafia: aspetti sostanziali, procedurali e tutela giurisdizionale*, in *federalismi.it*, 14/2021, p. 56 ss. Il tema è di crescente importanza, visto che nel 2022 le comunicazioni interdittive sono state 807 e le informazioni interdittive 688 e negli anni precedenti si è toccato il picco: nel 2021, 1.090 comunicazioni e 988 informazioni; nel 2020, 1.169 comunicazioni e 961 informazioni (cfr. i dati di recente pubblicati dal Ministero dell'Interno a questo [link](#)).

²⁸ Art. 84, c. 4, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159.

²⁹ Art. 34-bis, d.lgs. n. 159/2011, *Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136*. Il controllo giudiziario può essere richiesto,

fiducia, si può rivelare un istituto fondamentale perché offre la possibilità di chiarimenti e l'adozione di misure riparatorie da parte dell'impresa destinataria dell'interdittiva, spesso fondata soltanto su meri sospetti di infiltrazione da parte della criminalità organizzata³⁰.

Pur essendo ormai garantito il contraddittorio con il soggetto interessato dall'informazione antimafia³¹, la decisione delle Prefetture deve fondarsi su dati certi e verificabili, che oggi si potrebbero utilmente ricavare dall'analisi delle numerose banche di dati, anche pubbliche, per superare le incertezze e criticità che determinano un vasto contenzioso³², connesso alla effettiva lesività della misura che comporta quello che è stato definito un “ergastolo imprenditoriale” sull'azienda, perché, provoca la revoca di tutti i contratti pubblici e le concessioni senza un termine prestabilito³³. Nonostante sia fissata la durata delle informazioni antimafia a dodici mesi³⁴, l'interpretazione prevalente ritiene infatti che l'effetto interdittivo (sia dalla partecipazione a nuove procedure di affidamento di commesse pubbliche, sia dall'ottenimento di autorizzazioni e concessioni³⁵) perduri fino a quando non sopraggiungono nuovi elementi che

su istanza di parte, in caso di impugnazione del provvedimento interdittivo del Prefetto davanti al giudice amministrativo: d.lgs. n. 159/2011, art. 34-*bis*, comma 6. L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con le sentenze del 13 febbraio 2023, n. 6, n. 7 e n. 8, ha chiarito che “*la pendenza del controllo giudiziario a domanda ex d.lgs. n. 159/2011, art. 34-*bis*, comma 6, non è causa di sospensione del giudizio di impugnazione contro l'informazione antimafia interdittiva, né di eventuali misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese previste dal d.l. 24 giugno 2014, n. 90, art. 32, comma 10, per il completamento dell'esecuzione dei contratti stipulati con la pubblica amministrazione dall'impresa destinataria di un'informazione antimafia interdittiva*”. Cfr. R. ROLLI, V. BILOTTO, F. BRUNO, *Interdittive antimafia e controllo giudiziario volontario: l'Adunanza plenaria mette la parola fine (?) al dibattuto rapporto tra i due istituti*, in *Ratioiuris.it*, 24 aprile 2023.

³⁰ Occorre peraltro ricordare che, a partire dal 2021 (d.lgs. n. 159 del 2011, art. 94-*bis*, introdotto dalla l. n. 233 del 2021), è stato conferito alla Prefettura anche il potere di graduare le misure preventive antimafia, adottando la prevenzione collaborativa anziché l'interdittiva, quando il tentativo di infiltrazione risulta occasionale. Alcuni hanno già espresso perplessità sul mancato coordinamento fra la nuova misura riparatoria e il controllo giudiziario applicato dal giudice penale: G. Veltri nel convegno “[Questioni controverse di diritto amministrativo. Un dialogo tra Accademia e Giurisprudenza](#)”, Roma, Consiglio di Stato, 1 aprile 2022.

³¹ Art. 92, c. 2-*bis*, d.lgs. 159/2011, cit., disposto dalla l. 29 dicembre 2021, n. 233, art. 49, comma 1, lett. a). In base al sistema vigente quando il prefetto, sulla base degli esiti delle verifiche disposte mediante la consultazione della Banca dati nazionale unica antimafia (BDNA), ritenga sussistenti i presupposti per l'adozione dell'informazione antimafia interdittiva ovvero per procedere all'applicazione delle misure amministrative di prevenzione collaborativa, e non ricorrano particolari esigenze di celerità del procedimento, ne dà tempestiva comunicazione al soggetto interessato, indicando gli elementi sintomatici dei tentativi di infiltrazione mafiosa. Con tale comunicazione è assegnato un termine non superiore a venti giorni per presentare osservazioni scritte, eventualmente corredate da documenti, nonché per richiedere l'audizione. In ogni caso, non possono formare oggetto della comunicazione elementi informativi il cui disvelamento sia idoneo a pregiudicare procedimenti amministrativi o attività processuali in corso, ovvero l'esito di altri accertamenti finalizzati alla prevenzione delle infiltrazioni mafiose.

³² Cfr. la [Relazione annuale 2021 sul contenzioso antimafia](#) dell'Avvocatura generale dello Stato, novembre 2022; l'*Osservatorio sulla giurisprudenza in tema di misure amministrative di prevenzione della criminalità organizzata* coordinato da Andrea De Col, Marco Lipari, Massimiliano Noccellini, Sergio Perongini, Renato Rolli, Maria Alessandra Sandulli e Maurizio Santise, attivo dal 2023.

³³ V. SALAMONE, *L'efficacia temporale delle interdittive antimafia e le procedure di revisione. Si tratta veramente di un “ergastolo imprenditoriale”?*, sito web della [Giustizia amministrativa](#), 3 maggio 2023.

³⁴ Art. 86, c. 2, d.lgs. n. 159/2011, cit.

³⁵ Come risulta dal combinato disposto degli artt. 67 sugli effetti delle misure di prevenzione e 89-*bis* sull'accertamento di tentativi di infiltrazione mafiosa in esito alla richiesta di comunicazione antimafia del d.lgs. n. 159 del 2011.

dimostrino il cessato pericolo di infiltrazione, rilevabili con il riesame che le Prefetture hanno l'obbligo di effettuare³⁶, sfruttando appieno gli strumenti conoscitivi digitali che hanno a disposizione.

2. La prevenzione digitale dei rischi corruttivi: adeguatezza organizzativa ed effettività della tutela giurisdizionale

Tenendo presente la già richiamata difficoltà per le indagini penali di pervenire a pronunce di condanna per il reato di abuso d'ufficio³⁷, occorre considerare quali presidi di correttezza possano effettivamente contrastare il rischio corruttivo, che impedisce di fatto la buona amministrazione nell'ambito dei contratti pubblici ed il pieno sviluppo della persona umana³⁸.

È chiaro che l'obiettivo di garanzia di qualità dell'azione amministrativa e, quindi, anche la correttezza della condotta del funzionario, debbano essere perseguiti mediante altri strumenti più efficaci rispetto quelli sinora utilizzati: in altri termini, si dovrebbe ricondurre lo strumento penale alla residualità che gli è propria, attuando un ripensamento della prospettazione e della valutazione delle attività e dei comportamenti, sia delle organizzazioni sia dei funzionari – professionali e onorari – applicabile anche alla disciplina dei contratti pubblici in quanto rilevante da differenti punti di vista³⁹. In particolare sviluppando come misure di gestione del rischio le sanzioni disciplinari, intese appunto come collegate alle misure di gestione del rischio, nei Piani di prevenzione della corruzione e trasparenza⁴⁰.

Nel settore dei contratti pubblici è emerso che gli strumenti *antitrust*, con quelli dell'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) e del giudice amministrativo, non sono risultati essere pienamente efficaci nella tutela della concorrenza e della legittimità, mentre avrebbero dovuto integrarsi a presidio complessivo della legalità dell'azione amministrativa e della buona amministrazione.

Una evoluzione verso l'integrazione si è avuta con la legittimazione ad agire dell'ANAC nel far valere “gravi violazioni” per assicurare l'interesse pubblico alla buona contrattazione, a prescindere dalle scelte

³⁶ Cfr. gli interventi di G. VELTRI e S. PERONGINI nel convegno “[Questioni controverse di diritto amministrativo. Un dialogo tra Accademia e Giurisprudenza](#)”, Roma, Consiglio di Stato, 1 aprile 2022; G. Garofoli, intervento al Convegno “[Interdittiva antimafia. Esigenze di prevenzione e libera iniziativa economica: quale bilanciamento possibile](#)”, Bari, 13 dicembre 2019.

³⁷ Si rinvia anche a quanto affermato da S. PERONGINI, *L'abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione. Con una proposta di integrazione della riforma introdotta dalla l. 120/2020*, cit., p. 195, che richiama *de iure condendo* la necessità di precisare come il requisito dell'intenzionalità del dolo non possa desumersi dalle connotazioni degli altri elementi costitutivi del reato di abuso d'ufficio, dovendo essere oggetto di una prova diretta e specifica.

³⁸ 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*, cit., p. 23 ss.

³⁹ G.M. RACCA, *L'evoluzione del principio di buona fede nella trasformazione digitale dei contratti pubblici*, in P.A. Persona e amministrazione, n. 2/2022, p. 201 ss.; F. MERLONI, R. CAVALLO PERIN (a cura di), *Al servizio della nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, Franco Angeli, Milano, 2009.

⁴⁰ R. GAROFOLI, *Note critiche sulla proposta di abolizione dell'abuso d'ufficio*, in *sistemapenale.it*, 21 settembre 2023.

delle parti pubbliche e private⁴¹. Non sempre infatti il processo fra le parti interessate al contratto assicura il perseguimento degli interessi pubblici al risultato di qualità e legalità.

L'ANAC persegue istituzionalmente questo obiettivo di tutela della qualità della contrattazione a beneficio della collettività, come anche avviene, per esempio, nel già richiamato modello francese, dove a tale legittimazione è collegata la relativa giurisdizione⁴².

La tutela giurisdizionale amministrativa, come tutela di parte, su ricorso proposto da un operatore economico, può risultare inefficace per la tutela dell'interesse al risultato della buona contrattazione ove, infatti, le parti non impugnano l'atto perché concordi tra loro per un accordo collusivo tra operatori economici, ovvero con impugnative opportunistiche oscurano l'esistenza del cartello – salvo poi rinunciare al ricorso – ovvero ancora fanno valere vizi formali irrilevanti rispetto al risultato, ma che, al contrario, ritardano o fanno perdere l'offerta migliore.

Il nuovo Codice dei contratti pubblici introduce significativamente la possibilità che il giudice amministrativo condanni al risarcimento del danno per violazione della fiducia e correttezza anche la parte privata⁴³.

In tale senso, potrebbe valorizzarsi anche il ruolo della Corte dei conti, nel ripensamento, ad esempio, della nozione di danno erariale, prospettando sanzioni amministrative, anche reputazionali per i funzionari pubblici o sanzioni disciplinari per l'alta dirigenza che rimanga inerte o che, tramite comportamenti omissivi, non persegua l'effettivo controllo e verifica del buon andamento e della qualità nella prospettiva della collaborazione e buona fede.

Oggi la digitalizzazione del ciclo di vita del contratto richiede di attuare una piena interoperabilità fra le piattaforme e le basi di dati, con la conseguenza che potrà prospettarsi la responsabilità per grave colpa omissiva per i soggetti titolari dei dati che non permettano l'interoperabilità imposta dal Codice⁴⁴.

⁴¹ W. GIULIETTI, *La vigilanza dell'A.N.A.C. in materia di contratti pubblici tra potere ispettivo e speciale legittimazione ad agire in giudizio*, in *Riv. giur. ed.*, 2022, 2, p. 99 ss.; M. LIPARI, *La legittimazione processuale speciale dell'ANAC*, in *Il libro dell'anno del diritto*, Treccani, Roma, 2018; 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.*, 2021, 2, p. 185 ss.

⁴² G.M. RACCA, [Dall'Autorità sui contratti pubblici all'Autorità nazionale anticorruzione: il cambiamento del sistema](#), cit., p. 379.

⁴³ Art. 5, d.lgs. 36/2023, cit.

⁴⁴ Art. 19, c. 4, d.lgs. 36/2023, che afferma: "I soggetti titolari di banche dati adottano le necessarie misure organizzative e di revisione dei processi e dei regolamenti interni per abilitare automaticamente l'accesso digitale alle informazioni disponibili presso le banche dati di cui sono titolari, mediante le tecnologie di interoperabilità dei sistemi informativi secondo le previsioni e le modalità del codice di cui al decreto legislativo n. 82 del 2005", richiamando il Codice dell'amministrazione digitale (d.lgs. 82/2005), che definisce l'interoperabilità all'art. 1, c. 1, lett. *dd*) e la inserisce all'art. 12, c. 2, tra le norme generali che debbono caratterizzare i rapporti tra amministrazioni pubbliche e con i terzi. Si richiamano anche l'art. 21, c. 2, d.lgs. 36/2023 e l'art. 22 i quali, rispettivamente in relazione al ciclo di vita digitale dei contratti pubblici e all'ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale, impongono l'interoperabilità tra piattaforme e servizi digitali.

Inoltre, per garantire la buona amministrazione nella prevenzione di comportamenti riconducibili all'abuso d'ufficio, è necessario che gli strumenti come i Piani di prevenzione della corruzione – ora inseriti all'interno dei Piani integrati di attività e organizzazione (PIAO)⁴⁵ – si integrino con misure concrete di prevenzione e gestione del rischio di *maladministration* e conflitti di interesse in forma digitale ed integrata, non come meri adempimenti che in forma cartacea e non integrati in piattaforme si traducono in complessi documenti non pienamente funzionali rispetto agli obiettivi di integrazione. Tutti i Piani di un ente pubblico integrati entro il PIAO dovrebbero coordinarsi (in forma digitale) per rendere evidente l'autoanalisi dell'organizzazione e la consistenza e qualificazione per valutare l'adeguatezza allo svolgimento delle funzioni assegnate, con l'effettivo monitoraggio delle attività di ogni funzionario e le interazioni con i cittadini e gli operatori economici, tracciate in piattaforme interoperabili.

La conoscenza e valutazione dei rischi dei comportamenti complessivamente tenuti e digitalmente tracciabili e di tutti i possibili effetti giuridici dei fatti e degli atti, rilevati digitalmente, come conformi o difformi a *standard* predefiniti e complessivamente articolati su scelte alternative irrilevanti, opportune, legittime ovvero sviate e contraddittorie, in conflitto di interessi.

L'evidenza della conformità a *standard* predefiniti consentirebbe di limitare o escludere la cd. “paura della firma” o “timore della responsabilità” dei funzionari pubblici, causa della diffusione della burocrazia difensiva⁴⁶. Un sistema amministrativo effettivamente integrato e digitale, in cui si restituisce all'amministrazione pubblica una istruttoria digitale estremamente completa, ove emergano come evidenti le migliori scelte discrezionali possibili e più opportune per il caso concreto⁴⁷. Nei contratti pubblici tali

⁴⁵ A. CORRADO, [La difficile strada della semplificazione imboccata dal PIAO](#), in *Federalismi.it*, n. 27/2022, 186 ss.

⁴⁶ S. BATTINI, *Abuso d'ufficio e burocrazia difensiva nel groviglio dei rapporti fra poteri dello Stato*, cit., p. 494 ss.; è stata anche proposta, infatti, una radicale trasformazione del reato, per cui si eliminerebbe la fattispecie di abuso d'ufficio di vantaggio, secondo cui un atto amministrativo ritenuto abusivo configura responsabilità penale del funzionario solo per il potenziale vantaggio derivante dall'atto, facendo restare in vigore solo l'abuso d'ufficio che reca ad altri un danno ingiusto. In ambito sovranazionale, OECD Public Governance Policy Papers, [Managing risks in the public procurement of goods, services and infrastructure](#), cit., p. 18: “Setting an organisation’s risk appetite is a key step in establishing an overall approach to risk and can help to guide officials in their decisions to accept, mitigate, avoid or transfer risks.”. Inoltre, tra le misure di gestione del rischio nelle procedure di gara, l'OECD afferma che i pubblici funzionari devono ricoprire un ruolo centrale non solo nel gestire correttamente la gara, ma anche nel prevenire adeguatamente forme di collusione e contrasto alla buona amministrazione, ID., p. 52. Si veda anche: OECD, [OECD Public Integrity Handbook](#), Paris, 2020.

⁴⁷ Ad esempio, in riferimento alla valutazione degli operatori economici, si richiamano le evoluzioni del Documento Unico di Gara Europeo (DGUE – *European Single Procurement Document*), previsto dalla, cfr. Commissione UE, [Report on the ESPD survey](#), Bruxelles, 2019. Il DGUE, integrato con il Sistema *e-Certis* dovrebbe consentire la piena realizzazione del Fascicolo Virtuale dell'operatore economico, effettivamente interoperabile, ex art. 24, d.lgs. 36/2023 e Comunicato del Presidente ANAC del 29 novembre 2021, *Indicazioni in ordine all'avvio del fascicolo virtuale dell'operatore economico*. Nel [Report sull'applicazione pratica dell'ESPD negli Stati membri](#), redatto dalla Commissione UE, emerge come l'ESPD elettronico attualmente messo a disposizione dalla Commissione Europea sia però soltanto un modello transitorio poiché l'intero potenziale del DGUE dovrebbe esprimersi tramite l'integrazione di un DGUE “nazionale” con il sistema di *e-procurement* e i registri o le banche dati di ogni Stato membro, permettendo di “raggiungere tre diversi obiettivi: migliorare la personalizzazione e l'adattamento alle condizioni nazionali; promuovere la digitalizzazione della pubblica amministrazione; gettare le basi per la semplificazione delle procedure tramite l'applicazione del principio “once-only””, cfr. Direttiva 2014/24/EU, art. 59, par. 5. Commissione UE, [Interoperability in end-to-end eProcurement](#), 2019. Si veda anche:

scelte si sviluppano ed esauriscono nella decisione o deliberazione di contrattare, aprendo poi ad attività di selezione ed aggiudicazione volte al tempestivo risultato di esecuzione⁴⁸.

Il nuovo Codice dei contratti pubblici prevede infatti un sistema digitale ove la piena trasparenza ed interoperabilità delle procedure e delle scelte minimizza le possibilità di comportamenti devianti, in quanto rilevabili facilmente, e per questo minimizzati proprio da una efficacia deterrente delle norme sulla tracciabilità e la trasparenza⁴⁹.

La digitalizzazione e la tracciabilità dei flussi di dati e delle informazioni sono fondamentali per acquisire piena consapevolezza dei fatti, analizzarli, rilevare *trend* e scostamenti e infine evidenziare le conseguenze in relazione alle differenti prospettive e strumenti di tutela.

La stessa modifica della legge sul procedimento amministrativo apre a tale possibilità, ove afferma che, per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche agiscono mediante strumenti informatici e telematici, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati⁵⁰.

Inoltre, anche il Codice dei contratti ricorda che la competenza sui sistemi informativi è esclusiva dello Stato e richiede una attività che sviluppi le interconnessioni e interoperabilità necessarie⁵¹.

Lo strumento del PIAO, integrato con dati e informazioni trasmessi dalle piattaforme interconnesse ed interoperabili deve dunque diventare essenziale nella garanzia di sviluppo e innovazione, con un monitoraggio volto all'effettivo presidio di legalità.

Il Piano di prevenzione e contrasto alla corruzione considerato, invece, come mero adempimento aveva in passato condotto le amministrazioni pubbliche ad elaborare misure di prevenzione e contrasto del rischio corruttivo nel settore dei contratti pubblici non effettivamente necessarie, ad esempio, avviando complesse procedure competitive, anche ove vi fosse la possibilità di affidare contratti direttamente, per garantire magari solo un'apparente trasparenza e integrità⁵².

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](#), Bruylant, Bruxelles, 2019, p. 58 ss. Sia consentito il rinvio a: G.M. RACCA, *La "fiducia digitale" nei contratti pubblici tra piattaforme e data analysis*, in *Ist. del Federalismo*, 2/2023, p. 357 ss.

⁴⁸ 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](#), cit., p. 119 ss.

⁴⁹ A. CORRADO, [Il futuro della disciplina di prevenzione della corruzione e della trasparenza amministrativa: una moda destinata a passare? L'ultima parola al Legislatore](#), in *Federalismi.it*, n. 29/2021, 135 ss.

⁵⁰ Art. 3-*bis* "Uso della telematica", modificato dall'art. 12, c. 1, lett. b), legge n. 120 del 2020.

⁵¹ Art. 19, d.lgs. 36/2023, cit. Cfr. anche l'art. 12, c. 2 e l'art. 14, CAD, nonché l'art. 117, c. 2, lett. r), Cost.

⁵² Si richiama l'art. 50, c. 1, lett. a) e b), d.lgs. 36/2023, cit., ove sono state previste soglie ribassate per l'affidamento diretto, intesa quale procedura atta a semplificare e velocizzare la contrattazione pubblica. Di recente sul nuovo "paradigma trasparenza", E. CARLONI, *Il paradigma trasparenza. Amministrazioni, informazione, democrazia*, Il Mulino, Bologna, 2022; ID., *L'anticorruzione e la trasparenza nel sistema di procurement pubblico: tendenze e prospettive ai tempi del PNRR*, in *Dir. Amm.*, n. 3/2022, p. 641 ss.

Occorre evitare che anche l'applicazione del PIAO risulti un inutile formalismo, ripensando le misure di prevenzione della corruzione e della *maladministration*, mediante la trasparenza e l'autoevidenza dei dati relativi alle procedure contrattuali, resi pubblici, per informazione ai partecipanti e ai cittadini, garantendo la possibilità di riuso e analisi delle informazioni⁵³, integrate in una piattaforma interoperabile.

Tutti i dati e le informazioni digitali restano tracciabili, per monitorare e garantire presidio di legalità, senza i vincoli di controlli formali ed inefficaci che, altrimenti, rischia di riportare al vietato *goldplating*⁵⁴.

I comportamenti e gli atti che evidenzino criticità che possono condurre alla denuncia penale per abuso d'ufficio, ovvero alla denuncia di un *whistleblower*⁵⁵, dovrebbero far attivare immediatamente i procedimenti per la verifica dei presupposti per sanzioni disciplinari e per il correlato *self cleaning*, anche con misure sanzionatorie e di ristoro, e solo ove ciò non avvenisse potrebbe proseguire l'azione penale a presidio ultimo della legalità.

3. I principi di collaborazione e buona fede tra amministrazione e operatori economici per un rinnovato patto di “fiducia digitale”

La trasformazione digitale dei contratti pubblici consentirà di ottenere i dati dalle diverse banche dati e tracciare tutta l'attività contrattuale svolta, senza la necessità di raccogliere atti e informative separati e magari non coerenti e completi, in caso di comportamenti scorretti⁵⁶.

L'obiettivo è la realizzazione di piattaforme digitali interoperabili che raccolgano e integrino ogni fase e passaggio dell'attività contrattuale e, più in generale, dell'organizzazione amministrativa della stazione appaltante, accessibile con un'unica interfaccia, evitando così la frammentazione che si verifica oggi ad ogni passaggio della procedura di gara e fra piattaforme gestionali diverse e non comunicanti.

Il collegamento fra i dati consentirà di individuare gli *alert* che segnalino anomalie e possibili situazioni di conflitto di interesse. Ad esempio, se viene affidato direttamente un contratto ad una determinata impresa incorsa in cause di esclusione o in gravi illeciti professionali, questa circostanza potrebbe essere rilevata

⁵³ G.M. RACCA, *La “fiducia digitale” nei contratti pubblici tra piattaforme e data analysis*, cit., p. 357 ss.; ID., [La responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede](#), cit., p. 606 ss.

⁵⁴ Sul divieto di *goldplating* si richiama, anzitutto, l'art. 1, c. 2, lett. a), l. 21 giugno 2022, n. 78, *Delega al Governo in materia di contratti pubblici*. Cfr. 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., p. 1 ss. e V. CERULLI IRELLI, *Le innovazioni normative e i contratti pubblici*, *ivi*, p. 49 ss.

⁵⁵ G. M. RACCA, C.R. YUKINS, [Introduction. Steps for integrity in public contracts](#), in G.M. RACCA, C.R. YUKINS (a cura di), [Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally](#), cit., p. 1 ss.; G. M. RACCA, voce [Corruzione \(dir. amm.\)](#), in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, cit., p. 208 ss.; R. CANTONE, *La tutela del whistleblower: l'art. 54 del d.lg. n. 165 del 2001*, in B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 243 ss.

⁵⁶ Per un'analisi generale sulle prospettive dell'intelligenza artificiale applicata all'amministrazione pubblica cfr. di recente: A. PAJNO, F. DONATI, A. PERRUCCI (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, vol. I-II-III, Il Mulino, Bologna, 2022.



mediante istruttoria “digitale” che rende le informazioni rilevanti evidenti attraverso i dati raccolti, analizzati e ricollegati dall’Intelligenza Artificiale.

D’altra parte, l’operatore economico aggiudicatario di un affidamento diretto dovrà assumersi la responsabilità dell’esecuzione tempestiva e corretta del contratto, conformemente a quanto previsto e richiesto dalla stazione appaltante e come rilevabile dalla tracciabilità nelle piattaforme certificate, in attesa dell’effettiva operatività della modellazione digitale⁵⁷.

Il nuovo rapporto di fiducia e collaborazione tra amministrazione e cittadino (operatore economico) impone reciproci obblighi di collaborazione e buona fede, nel comune interesse alla corretta selezione e tempestiva esecuzione dei contratti pubblici, mediante strumenti digitali.

Buona fede e digitalizzazione possono essere considerati principi correlati, che consentono di attuare un rinnovato patto di “fiducia digitale”, richiedendo una buona fede che per la P.A. risulta “rafforzata”, in ragione della coerenza e non contraddittorietà nel rispetto alle proprie norme di azione, ricostruendo un regime di responsabilità che qualifica la “cattiva amministrazione”, come disfunzione e spreco, che va prevenuto e sanzionato⁵⁸.

Gli strumenti per garantire la buona amministrazione, così come le fattispecie di reato verso la pubblica amministrazione, non dovrebbero essere estemporanei, ma ricollocati e ripensati nel loro complesso, per fornire quella prova di capacità di “vedere” i fatti attraverso le nuove lenti dell’analisi dati, con risparmio di risorse e di energie da destinare ad altre attività.

Ciò implica un superamento dell’uso a volte “deviante” dell’azione penale, che si carica di altri conflitti e altre tensioni, mentre il complesso di presidi per la “buona contrattazione” dovrebbero ricavarsi dalla integrazione dei fatti e comportamenti attuati ed analizzati con i più efficaci e integrati strumenti digitali.

Lo strumento di contrasto dei comportamenti devianti, scorretti e lesivi dell’interesse pubblico andrebbero prioritariamente ed efficacemente attuati internamente alla pubblica amministrazione con rinnovate ed efficaci sanzioni disciplinari, connesse ai Piani di prevenzione della corruzione, per i funzionari pubblici che permettano di rimediare tempestivamente al comportamento lesivo, in simmetria con quanto richiesto ai privati per attuare il *self cleaning* in caso di cause di esclusione e gravi illeciti professionali, in modo che l’obiettivo sia il ripristino tempestivo della collaborazione e della fiducia per il

⁵⁷ 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.; G.M. RACCA, [La modellazione digitale per l’integrità, l’efficienza e l’innovazione nei contratti pubblici](#), in *Ist. del Federalismo*, n. 3/2019, p. 739 ss. Cfr. anche ID., [I contratti pubblici collaborativi e le prospettive innovative della modellazione digitale \(il Building Information Modeling\)](#), in G.F. FERRARI (dir.), *La prossima città*, II ed., Mimesis, 2020, p. 581 ss. Sull’impatto sociale della contrattazione pubblica innovativa e digitale, OECD, [Strategic public procurement for delivering social value](#), in *Government at a Glance*, Paris, 2021.

⁵⁸ G.M. RACCA, [L’evoluzione del principio di buona fede nella trasformazione digitale dei contratti pubblici](#), cit., p. 201 ss.



raggiungimento del risultato. La misura penale andrebbe così riportata al ruolo residuale di presidio della legalità.