



20 APRILE 2022

La digitalizzazione e le tecnologie
informatiche per l'efficienza e
l'innovazione nei contratti pubblici

di Matteo Pignatti

Dottore di ricerca in Diritto pubblico
Università degli Studi di Torino



La digitalizzazione e le tecnologie informatiche per l'efficienza e l'innovazione nei contratti pubblici*

di Matteo Pignatti

Dottore di ricerca in Diritto pubblico
Università degli Studi di Torino

Abstract [It]: Le nuove tecnologie e la digitalizzazione hanno acquisito un ruolo strategico nel perseguire obiettivi di efficienza e innovazione per le amministrazioni pubbliche e la qualità dei servizi pubblici erogati. Il loro utilizzo incide sull'attività e sull'organizzazione dell'amministrazione pubblica, e assume caratteri peculiari in materia di contratti pubblici, ove l'inefficienza, dovuta ad eventi di maladministration coinvolge l'intero ciclo del contratto pubblico. Il passaggio all'e-Procurement comporta mutamenti dal punto di vista giuridico e organizzativo per creare un contesto uniforme fondato sulla interconnessione e interoperabilità delle piattaforme.

Title: Digitisation and information technologies for efficiency and innovation in public contracts

Abstract [En]: New technologies and digitalisation acquired a strategic role in pursuing efficiency and innovation for public authorities and the quality of public services provided. Their use has an impact on the activity and organisation of public authority, and has special features in the field of public contracts. In this sector, inefficiency due to maladministration involves the entire public contract cycle. The transition to eProcurement entails changes from a legal and organisational point of view in order to create a framework based on the interconnection and interoperability of platforms.

Parole chiave: Contratti pubblici elettronici, ciclo del contratto pubblico, pubblica amministrazione, digitalizzazione, interoperabilità

Keywords: e-Procurement, public contract cycle, public authority, digitalisation, interoperability

Sommario: **1.** Gli strumenti elettronici nei contratti pubblici. La digitalizzazione e le piattaforme elettroniche: profili problematici nell'ordinamento giuridico europeo e italiano. **2.** L'innovazione nell'utilizzo degli strumenti elettronici: la "fase preliminare alla procedura di scelta del contraente". **3.** La digitalizzazione della "fase di scelta del contraente" come strumento di efficienza e trasparenza. **3.1.** I mezzi elettronici e le comunicazioni elettroniche. **3.2.** Il Documento di Gara Unico Europeo – DGUE per la qualificazione degli operatori economici. **3.3.** Gli strumenti per la *e-Submission* delle offerte. **3.4.** L'aggiudicazione elettronica. **4.** Gli strumenti di e-procurement per gli acquisti pubblici: l'asta elettronica ed i cataloghi elettronici. **5.** Il sistema dinamico di acquisizione: prospettive future della digitalizzazione nei contratti pubblici. **6.** Le deroghe al termine sospensivo e la stipula del contratto. **7.** La gestione degli appalti pubblici tramite mezzi elettronici, la fattura elettronica e il monitoraggio sui termini di pagamento. **8.** Conclusioni

* Articolo sottoposto a referaggio.

1. Gli strumenti elettronici nei contratti pubblici. La digitalizzazione e le piattaforme elettroniche: profili problematici nell'ordinamento giuridico europeo e italiano

Le politiche europee¹ e nazionali² da tempo hanno attribuito alle nuove tecnologie, alla digitalizzazione, agli algoritmi e all'intelligenza artificiale³ un ruolo strategico nel perseguire obiettivi di efficienza e innovazione per le amministrazioni pubbliche e la qualità dei servizi pubblici erogati⁴. La loro utilità è

¹Commissione UE, *Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, 3 marzo 2010, in cui tra le iniziative individuate a livello europeo nell'ambito della strategia Europa 2020 era inserita l'Agenda Digitale Europea. Circa la *Digital Agenda for Europe* si v. il sito del [Parlamento UE](#), con riferimento all'evoluzione del *Digital Single Market*, si v. il sito della [Commissione UE](#); più recentemente cfr. Consiglio europeo, *Investimenti pubblici mediante appalti pubblici: ripresa sostenibile e rilancio di un'economia dell'UE resiliente*, novembre 2020. Cfr. anche il *Digital economy and society index*, il *Transparency International ed il Single Market Scoreboard* della Commissione UE, in cui si evidenzia la rilevanza e l'incidenza delle nuove tecnologie sull'attività dell'amministrazione pubblica.

² Si v. Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza - PNRR, 2021, accessibile nel sito del [Governo Italiano e il d.l. 31 maggio 2021, n. 77, avente ad oggetto la Governance del Piano nazionale di rilancio e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure](#), conv. con l. 29 luglio 2021, n. 108. In dottrina: M. CLARICH, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in *Corriere Giur.*, 2021, 1025; L. FIORENTINO, *Il piano di ripresa. Un'occasione per cambiare l'amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 689; C. CONTESSA, *La nuova governance del pnrr e gli interventi in tema di contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2021, 751. Per una analisi delle politiche italiane attuative dell'Agenda Digitale Europea cfr. il sito del [Ministero per la Pubblica Amministrazione](#); con riferimento all'attività dell'Agenzia per l'Italia digitale e al Piano Triennale per l'informatica nella pubblica amministrazione (2020-2022) cfr. il sito dell'[Agid](#). L. ATTIAS – G. SCORZA, *La consapevolezza digitale al servizio dell'etica*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2019, 1191; L. PARONA, "Government by algorithm": un contributo allo studio del ricorso all'intelligenza artificiale nell'esercizio delle funzioni amministrative, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 10.

³ Cfr. Commissione UE, *Proposta di Regolamento UE che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'unione*, 21 aprile 2021, accessibile sul sito della [Commissione UE](#); Commissione UE – OECD, *AI Watch - National strategies on Artificial Intelligence. A European perspective*, 2021, accessibile sul sito della [Commissione UE](#); OECD, *State of implementation of the OECD AI Principles - Insights from national AI policies*, 2021, accessibile sul sito dell'[Oecd](#). Circa la nozione di algoritmo, si v. Cons. St., III, 25 novembre 2021, n. 7891, in cui è individuato quale "sequenza finita di istruzioni, ben definite e non ambigue, così da poter essere eseguite meccanicamente e tali da produrre un determinato risultato", ed è distinto dal concetto di "automazione" (riferito a sistemi di azione e controllo idonei a ridurre l'intervento umano) e da quello di intelligenza artificiale (in cui l'algoritmo contempla meccanismi di machine learning e crea un sistema che non si limita solo ad applicare le regole software e i parametri preimpostati ma elabora nuovi criteri di inferenza tra dati e assume decisioni efficienti sulla base di tali elaborazioni, secondo un processo di apprendimento automatico. Si v. anche Cons. Stato Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, relativa all'uso di algoritmi nella procedura di mobilità dei docenti, nell'ambito del piano straordinario di assunzioni di cui alla l. n. 107 del 2015 con commenti di R. MATTERA, *Processo -decisioni algoritmiche. Il Consiglio di Stato fissa i limiti*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2020, 809; A. MASCOLO, *Gli algoritmi amministrativi: la sfida della comprensibilità*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2020, 366; M. TIMO, *Algoritmo -Il procedimento di assunzione del personale scolastico al vaglio del Consiglio di Stato*, in *Giur. It.*, 2020, 1190. Cfr. anche *ex multis*: R. CAVALLO PERIN – D.-U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, 2020; G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Predeterminazione analisi predittiva e nuove forme di intellegibilità*, Napoli, 2020; K. ASHLEY, *Artificial Intelligence and Legal Analytics: new tools for law practice in the Digital Age*, Cambridge, 2017; V. MOLASCHI, *Algoritmi e nuove schiavitù*, in *Federalismi.it*, 2021; G. LO SAPIO, *La black box: l'esplicabilità delle scelte algoritmiche quale garanzia di buona amministrazione*, *Federalismi.it*, 2021; L. MUSSELLI, *La decisione amministrativa nell'età degli algoritmi: primi spunti*, in *Riv. dir. dei media*, 2020, 25 e s.; F. MARTINES, *La digitalizzazione della Pubblica Amministrazione*, in *Riv. dir. dei media*, 2018, 1 e s.

⁴ PwC EU Services EESV, *The strategic use of public procurement for innovation in the digital economy*, SMART 2016/0040, report realizzato per la Commissione UE, 2021; Parlamento UE, *Contribution to Growth. European Public Procurement. Delivering Economic Benefits for Citizens and Businesses*, gennaio 2019. In dottrina: D. MARONGIU, *L'intelligenza artificiale "istituzionale": limiti (attuali) e potenzialità*, in *European Review of Digital Administration & Law*, 2020, 37 e s.; G. DE MAIO, *Semplificazione e digitalizzazione: un nuovo modello burocratico*, Napoli, Editoriale scientifica, 2016; A. PREDIERI, *L'informatica nella amministrazione pubblica*, Milano, Giuffrè, 1971. Con specifico riferimento al settore dei contratti pubblici: M. PIGNATTI, *Le strategie europee per l'innovazione nei contratti pubblici*, in *DPCE Online*, 2021, 1745 e s.

stata ancora più evidente nell'attuale situazione di emergenza sanitaria⁵. L'utilizzo di questi strumenti incide sull'attività e sull'organizzazione dell'amministrazione pubblica⁶, e assume caratteri peculiari in materia di contratti pubblici⁷, ove l'inefficienza, dovuta ad eventi di *maladministration*⁸, coinvolge dalle attività preliminari di valutazione dei fabbisogni e analisi di mercato fino al termine dell'esecuzione del contratto⁹. L'utilizzo di strumenti elettronici nei contratti pubblici è inoltre condizionato da molti fattori, tra cui la legislazione, l'accettazione delle parti interessate, la tecnologia disponibile e l'idoneità di un procedimento elettronico ad adattarsi alle fasi del processo di approvvigionamento¹⁰.

⁵ Consiglio europeo, *Investimenti pubblici mediante appalti pubblici: ripresa sostenibile e rilancio di un'economia dell'UE resiliente*, cit., 5. Per una descrizione delle misure introdotte in materia di contratti pubblici durante l'emergenza sanitaria si v. l'introduzione della colletanea a cura di L. Fiorentino – A. La Chimia, *Il procurement delle pubbliche amministrazioni Tra innovazione sostenibilità*, Il Mulino, Bologna, 2021, 17 e s.; circa alcuni esempi delle problematiche riscontrate durante il periodo emergenziale si v.: G. L. ALBANO, *Homo Homini Lupus: On the Consequences of Buyers Miscoordination in Emergency Procurement for the Covid-19 Crisis in Italy*, in PPLR, 2020, 213-219; L. TORCHIA, *Il sistema amministrativo italiano e il Fondo di ripresa e resilienza*, in *Astrid*, 10 novembre 2020, 1 e s.

⁶ Cfr. *ex multis*: F. BASSANINI, *Il PNRR e gli investimenti infrastrutturali in Italia*, in *Astrid*, 19 aprile 2021; R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Dir. amm.*, 2020, 305 e s.; M. BERTOLISSI, *Riformare la pubblica amministrazione acqui està el busilis; Dios nos valga!*, in *Federalismi.it*, 1 e s. J.-B. AUBY, *Il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali*, in *Istituzioni del federalismo*, 2019, 619 e s.; F. COSTANTINO, *L'uso della telematica nella pubblica amministrazione*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 242 s.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *The Rise of Technological Administration and the Ragged Route Towards a Digital Administrative Law*, in D. Sorace – L. Ferrara – I. Piazza (a cura di) *The changing administrative law of an EU member State*, Springer, Torino, Giappichelli, 20210, 127; M. CLARICH, *Riforme amministrative e sviluppo economico*, in *Riv. Trim. Dir. Pub.*, 2020, 159 e s.; D.-U. GALETTA, JUAN GUSTAVO CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi.it*, 2019, 3; A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal*, 2019, 63 e s.; M. C. CAVALLARO - G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'Amministrazione nella società dell'algoritmo*, in *Federalismi.it*, 2019, 1 e s.; G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, Napoli, 2019; S. CRISCI, *Intelligenza artificiale ed etica dell'algoritmo*, in *Foro amm.*, 2018, 1787 e s.; L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, in *Foro amm.*, 9, 2018, 1598 ss.; P. OTRANTO, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.*, in *Federalismi.it*, 2018, 1 e s.; E. CARLONI, *Il decreto "semplifica italia" - la semplificazione telematica e l'agenda digitale*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2012, 691 e s.

⁷ A.N.AC., *Strategie e azioni per l'effettiva semplificazione e trasparenza nei contratti pubblici attraverso la completa digitalizzazione: le proposte dell'Autorità*, 27 maggio 2020; L. DONATO, *Gli appalti pubblici tra istanze di semplificazione e normativa anticorruzione. Alla ricerca di un equilibrio tra legalità ed efficienza*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia*, 2020; PwC, *The Strategic Use of Public Procurement for Innovation in the Digital Economy*, novembre 2018, 17-20; Commissione UE, *Appalti pubblici efficaci in Europa e per l'Europa*, 3 ottobre 2017, 3. La distinzione tra "cosa comprare" e "come acquistare" è individuata in Commissione UE, *Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy Towards a more efficient European Procurement Market*, 2011, 35 et s.; OECD *Recommendation on Public Procurement*, 2015, *op. cit.* cfr. G. M. RACCA, *La Digitalizzazione necessaria dei contratti pubblici: per un'Amazon pubblica*, in *DPCE online*, 2020; E. CARLONI, *La trasparenza come risposta all'emergenza*, 2020, accessibile sul sito dell'A.N.AC.; M. PIGNATTI, *The use of e-procurement and contractual terms and conditions for the risk assessment and risk management in the public procurement cycle*, in V. Cantino - P. Devincentiis - G. M. Racca, *Risk management: perspectives and open issues. A multi-disciplinary approach*, Londra, Mc Graw Hill, 2016, 927 e s.

⁸ O. BANDIERA – A. PRAT – T. VALLETTI, *Active and passive waste in government spending: Evidence from a policy experiment*, in *American Economic Review*, 2009, 1278-1308. ANAC, *Efficienza dei contratti pubblici e sviluppo di indicatori di rischio corruttivo*, gennaio 2018, in cui l'Autorità realizza una analisi dell'efficienza dei contratti pubblici riportando esempi di indici di eccesso di spesa idonei a segnalare potenziali anomalie. Cfr. anche: R. DI TELLA – E. SCHARGRODSKY, *The role of wages and auditing during a crack down on corruption in the city of Buenos Aires*, in *Journal of Law and Economics*, 2003, 269-292.

⁹ Commissione UE, *Single Market Scoreboard*, Reporting period: 01/2019 – 12/2019.

¹⁰ OECD, *E-Procurement*, SIGMA Public Procurement Briefs, No. 17, 2011. B. JULLIEN, *Pricing and other business strategies for e-procurement platforms*, in N. Dimitri, G. Piga, G. Spagnolo (a cura di), *Handbook of Procurement*, Cambridge University Press, 2006, 249-266. Le piattaforme di e-Procurement non sono facili da usare e il tentativo di accedere e imparare a usarle viene spesso considerato particolarmente dispendioso in termini di tempo. R. BICKERSTAFF, *E-procurement under the new EU procurement Directives*, in PPLR, 2014, 3, 134-147. Cfr.: P. FERK, *Can the Implementation of Full E-Procurement into*

A livello europeo, l'introduzione degli appalti elettronici fa parte dell'ambizioso programma di *e-government*¹¹ in cui la transizione verso procedimenti elettronici si pone come obiettivo un processo *end-to-end*¹².

Un procedimento digitale *end-to-end*, l'interoperabilità dei mezzi utilizzati¹³, il riutilizzo delle informazioni acquisite¹⁴, l'individuazione di un portale unico (“*One-Stop Shop*”) e la qualità dei dati possono migliorare l'efficienza dei procedimenti ed un risparmio di risorse quantificato in 21 miliardi di Euro¹⁵.

La ricerca si propone di analizzare l'intero ciclo del contratto pubblico e gli strumenti giuridici previsti a livello europeo per favorire la sua efficiente digitalizzazione (individuandone gli ostacoli) ed evidenziare come l'impulso proveniente dall'ordinamento giuridico europeo sovente trovi limitazioni nei singoli Stati Membri. L'analisi delle modalità di utilizzo di questi strumenti nei singoli ordinamenti giuridici è finalizzata all'individuazione del nuovo ruolo della pubblica amministrazione rispetto al mercato, nonché degli ostacoli giuridici ed economici e delle limitazioni che incidono sul suo funzionamento. La ricerca intende proporre possibili soluzioni compatibili con i principi e le finalità perseguite a livello europeo, chiarendo la rilevanza della volontà politico-istituzionale degli Stati membri nel rendere effettiva la transizione verso il digitale.

Una digitalizzazione efficiente richiede piattaforme interconnesse e interoperabili per la gestione del ciclo del contratto pubblico sulla base di informazioni comuni¹⁶. L'implementazione di una piattaforma di *e-procurement* può avvenire sulla base di tre modelli: (1) *Private driven* (in cui tutti gli strumenti elettronici / piattaforme elettroniche sono sviluppati e mantenuti sulla base di un rapporto commerciale con il settore

Real Life Address the Real Challenges of EU Public Procurement?, in EPPPLR, 2016, 327; PwC, *e-Procurement Golden Book of good practices*, report per la Commissione UE, 11 marzo 2013, 8. In dottrina si v. F. SAIJA – A. N. MAURO, *Open contracting: l'Italia muove i primi passi*, in L. Fiorentino – A. La Chimia (a cura di), *Il procurement delle pubbliche amministrazioni Tra innovazione sostenibilità*, Il Mulino, Bologna, 2021, 423.

¹¹ IDC, *Study on e-Procurement Measurement and Benchmarking – D2 e-Procurement State of Play Report*, 17 giugno 2013, 14. Cfr. Commissione UE, *International Digital Economy and Society Index: 2018*, SMART 2017/0052, 27 e s.; Commissione UE, *EU eGovernment Action Plan 2016-2020. Accelerating the digital transformation of government*, 19.4.2016. M. PIGNATTI, *Electronic Means as an Approach to Public Purchasing*, in G. M. Racca - C. R. Yukins (a cura di) *Joint Public Procurement and Innovation. Lessons Across Borders*, Bruylant, 2019, 471 e s.

¹² Commissione UE, *Communication on End-to-End Procurement*, luglio 2013. Cfr.: C. H. BOVIS, *The Efficiency Drive to Deliver Savings for the European Public Sector: Full E-Procurement for All Public Purchases by 2016*, in EPPPLR, 2012, 85.

¹³ Commissione UE, *Quadro europeo di interoperabilità - Strategia di attuazione*, 23 marzo 2017, in cui si prevede l'istituzione di *European Interoperability Framework – EIF*.

¹⁴ Intendendo come tali sia le informazioni richieste agli operatori economici per la procedura di scelta del contraente, sia le informazioni che acquisite dall'amministrazione in sede di esecuzione possono essere riutilizzate per la definizione della strategia di gara delle successive procedure.

¹⁵ Parlamento UE, *Contribution to Growth. European Public Procurement. Delivering Economic Benefits for Citizens and Businesses*, 2019, il valore indicato si riferisce alle procedure di gara di importo superiore alle soglie UE. Tale stima può essere superiore ove si considerino i contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione della disciplina UE; si v. anche Commissione UE, *Orientamenti in materia di appalti per l'innovazione*, 18 giugno 2021 e la versione pubblicata il 15 maggio 2018, 31.

¹⁶ Sulle modalità di interconnessione si v.: d.p.c.m. 12 agosto 2021, n. 148, avente ad oggetto il *regolamento recante modalità di digitalizzazione delle procedure dei contratti pubblici*.

privato, mentre le amministrazioni aggiudicatrici pagano per il loro uso): (2) *Public driven* (laddove esiste un solo strumento / piattaforma elettronica centrale, sviluppato e gestito dal settore pubblico, comunemente ad accesso gratuito); e (3) un modello misto (in cui la parte pubblica si rapporta con quella privata sulla base di un rapporto definito fin dall'inizio e che a sua volta può essere giuridicamente configurato in modi differenti)¹⁷.

La natura pubblica o privata della piattaforma e la natura economica o non economica delle attività svolte costituiscono fattori da valutare al fine di evitare elusioni alla disciplina europea e nazionale¹⁸.

La previsione del ricorso obbligatorio ad un'unica piattaforma può consentire di coordinare l'attività delle amministrazioni aggiudicatrici e favorire l'accesso alle informazioni. In tale circostanza deve essere valutata l'eventuale partecipazione economica dello Stato¹⁹ al fine di evitare alterazioni della concorrenza nel mercato (ad es. mediante aiuti di Stato)²⁰.

La natura giuridica del soggetto che mette a disposizione la piattaforma, rileva anche in relazione alla disponibilità dei codici sorgente e degli algoritmi utilizzati per l'elaborazione delle informazioni raccolte non sono a disposizione del soggetto pubblico. La titolarità privata di tali elementi comporta problematiche circa la possibilità di rendere i molteplici sistemi oggi esistenti interconnessi e interoperabili tra di loro e favorisce posizioni di "monopolio" sui singoli sistemi usati dalla pubblica amministrazione²¹.

¹⁷ Z. RACZKIEWICZ, *It Is Possible for the State to Develop and Impose Technical Solutions for e-Procurement*, in *EPPPLR*, 2018, 229.

¹⁸ L'attività svolta dalla piattaforma di e-Procurement olandese ("TenderNed - <https://www.tenderned.nl/>"), istituita da un sotto-dipartimento del Ministero olandese dell'economia, dell'agricoltura e dell'innovazione, è stata qualificata "non economica" in quanto collegata all'esercizio dei poteri pubblici svolti dall'amministrazione pubblica. Sulla controversia si v.: Trib.UE, VII, 28 settembre 2017, *Aanbestedingskalender BV and others v EU Commission*, in T-138/15, par. 60; CGUE, *Aanbestedingskalender BV and others v EU Commission*, in C-687/17 P; CGUE, 10 gennaio 2006, *Cassa di Risparmio di Firenze and Others*, in C-222/04, par. 31; CGUE, 12 luglio 2012, *Compass-Datenbank*, in C-138/11, par. 36. Sulla assenza di un fine di lucro nell'attività di TenderNed come elemento non sufficiente al fine di determinare se un'attività può essere considerata come di natura economica, si v. CGUE 26 marzo 2009, *SELEX Sistemi Integrati v Commission*, C-113/07 P, par. 116.

¹⁹ Mediante una contribuzione per l'utilizzo delle piattaforme ad una data Agenzia/ente pubblico.

²⁰ La definizione di un modello organizzativo della funzione acquisti tale da consentire il ricorso ad un'unica piattaforma nazionale richiede una valutazione di fattori quali la sua natura giuridica del soggetto che pone in essere tale attività e la quantificazione dell'importo economico individuato quale possibile contribuzione all'utilizzo della piattaforma e nell'imputazione di tale importo alla singola amministrazione o all'aggiudicatario. Nell'ordinamento giuridico italiano, si v. T.A.R. Lombardia, II, 3 febbraio 2020, n. 240; Cons. St., V, 3 gennaio 2019, n. 68, in cui il Collegio ha accertato un carattere remunerativo nella prestazione avente ad oggetto il ricorso alla piattaforma telematica di ASMEL in cui si richiedeva alle singole amministrazioni aderenti di precisare che il corrispettivo per i servizi prestati dalla piattaforma telematica era quantificato nell'1,5% dell'importo di aggiudicazione e sarebbe stato posto a carico dell'aggiudicatario; CGUE, II, 4 giugno 2020, C-3/19, *Asmel Soc. cons. a r.l. c. Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC)*. La questione era stata rimessa da Cons. St., V, 3 gennaio 2019, n. 68. Si v. anche: Cons. St., V, 3 novembre 2020, n. 6787; A.N.AC., Atto di segnalazione al Governo e al Parlamento n. 3 del 25 febbraio 2015; A.N.AC. Delibera n. 1123 del 28.11.2018; Cons. St., V, 12 novembre 2020, n. 6975; TAR Salerno, 2 gennaio 2021, n. 1.

²¹ Cons. St., VI, 2 gennaio 2020, n. 30, in cui si attribuisce una portata ampia alla nozione di "riservatezza" ex art. 22, c. 1, lett. c), l. 241/90 quale criterio di individuazione dei "controinteressati", tale da ricomprendere anche i segreti tecnici e commerciali relativi ai codici sorgente di un algoritmo utilizzato all'interno di una procedura concorsuale. Nel caso di specie la richiesta di accedere ai codici sorgente per poter dimostrare il malfunzionamento dell'algoritmo era stato

L'assenza di costi per la pubblica amministrazione²² e per gli operatori economici può inoltre semplificare l'accesso e l'utilizzo dello strumento elettronico.

Nell'ordinamento giuridico italiano, le previsioni normative volte a ridurre il numero delle amministrazioni aggiudicatrici hanno portato, negli anni, a forme collaborative tra enti locali volte a consentire a tali soggetti di mantenere una propria autonomia contrattuale²³. Tale circostanza ha comportato l'autonomo ricorso a piattaforme messe a disposizione sul mercato (sovente legate alla digitalizzazione dei servizi resi dall'amministrazione pubblica)²⁴, a proliferazione delle piattaforme utilizzate dalle amministrazioni pubbliche (limitando l'interoperabilità ed il ricorso ad un unico portale) e la duplicazione del costo relativo alle molteplici piattaforme utilizzate localmente²⁵. Inoltre la molteplicità delle piattaforme può comportare l'ulteriore onere burocratico connesso alla duplicazione dell'inserimento di informazioni identiche nonché incidendo sulla trasparenza, completezza, qualità e accessibilità alle informazioni²⁶.

La difficoltà di accesso alle informazioni costituisce un problema anche per gli operatori economici che ricorrono a sistemi/banche dati a pagamento per accedere ad informazioni già elaborate. L'utilizzo di un'unica piattaforma nazionale o "portale per gli acquisti" può limitare i costi, favorire l'interoperabilità delle informazioni (come nei Paesi Bassi e in Polonia) e garantire maggiormente la qualità dell'informazione fornita²⁷.

effettuato anche *ex art. 5 bis*, d.lgs. n. 33 del 2013. Il Collegio riconosce la posizione di controinteressato al software house titolare dei codici sorgente al fine di tutelare i propri segreti tecnici e commerciali.

²² Direttiva UE 2014/24, art. 53. Cfr. *e-Procurement Uptake Final Report*, cit. La relazione sottolinea che l'accesso alle informazioni è generalmente gratuito in 23 Stati membri e per gli operatori economici in 26 Stati membri.

²³ Nel d.lgs. n. 163 del 2006, si v. art. 33, c. III bis, (comma aggiunto dall'art. 23, c. IV, l. n. 214 del 2011, sostituito dall'art. 9, c. IV, l. n. 89 del 2014, poi modificato dall'art. 23-bis della l. n. 114 del 2014). Nel d.lgs. n. 50 del 2016, si v. art. 37, c. IV. Cfr. anche l. 23 dicembre 2005, n. 266, art. 1, c. 158, ove viene riconosciuto alle aggregazioni di enti locali o di enti decentrati di spesa, promosse anche ai sensi dell'articolo 59 della legge 23 dicembre 2000, n. 388, la possibilità di espletare "le funzioni di centrali di committenza in favore delle amministrazioni ed enti regionali o locali aventi sede nel medesimo ambito territoriale". Tale fenomeno deve essere analizzato unitamente alla diffusione di soggetti diversificati titolati a prestare attività di centralizzazione delle committenze (es.: Stazioni Uniche Appaltanti, alle CUC – Centrali Uniche di Committenza).

²⁴ Oltre alla piattaforma utilizzata e messa a disposizione dalla centrale di committenza nazionale Consip S.p.A., sono molte piattaforme utilizzate da soggetti aggregatori, CUC, società partecipate o enti locali, come la suite Acquisti Telematici messa a disposizione da DigitalPA, SETA, IREN, Provincia di Reggio Emilia, Unione Bassa Reggiana, ANAS comunità montane, per acquistare beni e servizi dai fornitori.

²⁵ Tale problematica deve essere presa in considerazione unitamente alla riduzione delle stazioni appaltanti quale strumento per la professionalizzazione e l'efficienza dell'attività contrattuale delle amministrazioni pubbliche: cfr. Corte dei Conti, Delibera n. 5/2020/G, 4 giugno 2020, *La gestione degli acquisti di beni e servizi da parte del Ministero della difesa e del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca*.

²⁶ Cfr. PNRR, Missione 1C1 – Digitalizzazione, innovazione e sicurezza nella PA" è stata individuata la necessità di "Innovare l'impianto normativo per velocizzare gli appalti ICT e incentivare l'interoperabilità da parte delle amministrazioni", tra i cui obiettivi si individua la necessità di realizzare l'interoperabilità del Sistema eProc con i sistemi gestionali delle PA, degli Operatori Economici e degli altri soggetti coinvolti nei processi di approvvigionamento pubblico (organismi di controllo e monitoraggio, aggregatori di appalti e CPB regionali).

²⁷ Commissione UE, *One-stop shop procurement portal*, in cui sono evidenziate le migliori pratiche del portale dell'ufficio per gli appalti pubblici della Polonia e del Centro olandese (PIANOo) del Ministero degli affari economici.

Nell'ordinamento giuridico italiano pare necessario un intervento volto a coordinare i molteplici interventi realizzati a livello locale nell'ottica di creare un contesto uniforme fondato sulla interconnessione e interoperabilità delle piattaforme che vada oltre alla mera previsione normativa²⁸ e che sia capace, attraverso la sua volontà politica di rendere effettive la disciplina giuridica, di superare i contrasti giurisprudenziali e gli ostacoli oggi esistenti²⁹. Tali elementi risultano necessari per attribuire effettività al sistema e paiono presi in considerazione, anche se in termini programmatici, dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) in cui si evidenzia la necessità di realizzare una evoluzione del sistema nazionale di *e-Procurement* anche mediante l'attuazione di progetti finalizzati alla digitalizzazione *end-to-end* attraverso strumenti digitali di *Smart Procurement* interoperabili³⁰.

2. L'innovazione nell'utilizzo degli strumenti elettronici: la "fase preliminare alla procedura di scelta del contraente"

Le scelte definite nella fase preliminare alla procedura di scelta del contraente incidono sui successivi adempimenti. La corretta definizione dei fabbisogni e la raccolta delle informazioni sul mercato di riferimento sono elementi essenziali per definire una strategia di gara³¹ volta ad un efficiente utilizzo di risorse pubbliche³². La connotazione "strategica" di tale attività evidenzia l'importanza di un intervento umano volto ad adattare le scelte di natura tecnico-discrezionale e a svolgere considerazioni di opportunità legate a molteplici fattori, quali gli obiettivi che l'amministrazione intende perseguire, il livello di concorrenza all'interno del mercato di riferimento, il numero degli operatori economici, l'utilizzo e le finalità che l'amministrazione deve perseguire mediante l'acquisto. Lo sviluppo della tecnologia consente di prospettare la possibilità di giungere a processi semi-automatizzati (con particolare riferimento agli

²⁸ d.p.c.m. 12 agosto 2021, n. 148, avente ad oggetto il *regolamento recante modalità di digitalizzazione delle procedure dei contratti pubblici*, art. 2.

²⁹ Commissione parlamentare di inchiesta sul livello di digitalizzazione e innovazione delle pubbliche amministrazioni e sugli investimenti complessivi riguardanti il settore delle tecnologie e della comunicazione, *La digitalizzazione nella pubblica amministrazione italiana: analisi degli errori e valutazione delle priorità, dall'efficacia degli strumenti all'importanza del capitale umano*, 26 ottobre 2017, accessibile sul sito della [Camera dei Deputati](#).

³⁰ PNRR, cit., 70. La digitalizzazione completa delle procedure di acquisto da conseguire mediante il progetto *smart procurement* è accompagnato dall'interoperabilità del sistema EPROC. In dottrina: I. A. NICOTRA, *PNRR, ridisegnare gli appalti pubblici per rivoluzionare la PA: gli obiettivi*, 2021, in <https://www.agendadigitale.eu/procurement/pnrr-ridisegnare-gli-appalti-pubblici-per-rivoluzionare-la-pa-gli-obiettivi/>. Per una analisi più generale: L. TORCHIA, *L'amministrazione presa sul serio e l'attuazione del PNRR*, in *AIPDA FORUM Next Generation EU*, 1° aprile 2021.

³¹ Cfr. J. M. GIMENO FELIU, *Public Procurement as a Strategy for the Development of Innovation Policy*, in G. M. Racca - C. R. Yukins (a cura di), *Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders*, Bruxelles, Bruylant, 2019. Cfr. anche: PwC, *Strategic use of public procurement in promoting green, social and innovation policies*, dicembre 2015, in <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/17261>.

³² I dati che incidono sul mercato consentono di definire la procedura di aggiudicazione più appropriata, i criteri per la valutazione delle offerte, il numero e le caratteristiche dei lotti, le condizioni inserite nei documenti di gara (superamento e il rischio di collusione tra operatori economici, accordi di subappalto e comportamento anticoncorrenziale). P. ALEXIA GIOSA, *Division of Public Contracts into Lots and Bid Rigging: Can Economic Theory Provide an Answer?*, in *EPPPL*, 2018, 30-38.

acquisti di beni / servizi maggiormente comuni), in cui algoritmi di *machine learning* basati sulle informazioni acquisite dalle precedenti procedure di scelta del contraente (*data lake* di riferimento) possono costituire un supporto al processo decisionale dell'amministrazione³³. Tale prospettazione richiede però un'accurata base di dati e l'interconnessione di banche dati con informazioni raccolte in maniera uniforme. Gli strumenti elettronici consentono l'uso e l'elaborazione dei dati relativi alle precedenti procedure di aggiudicazione. L'interoperabilità delle informazioni disponibili nelle banche dati pubbliche, quale connotazione della qualità delle informazioni, favorisce tale attività rendendo effettivo il principio di trasparenza³⁴. Si potrebbe prospettare la possibilità di una gestione automatizzata delle scadenze contrattuali al fine di una efficiente pianificazione dell'attività contrattuale volta a limitare le procedure svolte in "urgenza" che contemporaneamente segnala le convenzioni, accordi quadro e sistemi dinamici di acquisizione disponibili per i fabbisogni. Tale prospettazione pare oggi possibile sulla base delle misure attuative del PNRR³⁵ e della disciplina nazionale³⁶.

L'utilizzo di strumenti elettronici in questa fase può rendere possibile il coinvolgimento del mercato (ad es. mediante avvisi di interesse a contrarre, consultazioni preliminari di mercato³⁷ sondaggi e giornate informative per spiegare ai potenziali offerenti le esigenze dell'amministrazione). Tale attività costituisce uno stimolo per il mercato a rapportarsi con l'amministrazione pubblica. Inoltre, il suo svolgimento in maniera organizzata attraverso forme di collaborazione pubblico-pubblico dal lato della domanda può contribuire a costituire strumento di politica industriale³⁸. Un dialogo tecnico con le parti interessate svolto mediante strumenti online (quali ad esempio una *repository* online di soluzioni innovative proposte dalle imprese) e che consenta la partecipazione di tutti i possibili *stakeholders* (associazioni di categoria, utenti finali, università, esperti tecnici) aiuta a individuare soluzioni che possono rendere l'attività

³³ R. CAVALLO PERIN - I. ALBERTI, *Atti e procedimenti amministrativi digitali*, in R. CAVALLO PERIN – D.-U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, cit., 139 e s. Cfr. il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza - PNRR, cit., 70, che prevede lo sviluppo di strumenti di Intelligenza Artificiale/Machine learning per l'osservazione e l'analisi delle tendenze nell'uso degli strumenti di acquisto, delle dinamiche di mercato e di spesa e dei comportamenti di PA e OE.

³⁴ Si v. il d.lgs. n. 50 del 2016, art. 29, c. II e IV, come modificati dal d.l. 31 maggio 2021, n. 77, art. 53, c. V, lett. a), conv. con l. 29 luglio 2021, n. 108.

³⁵ d.l. 31 maggio 2021, n. 77, art. 53, c. V, lett. a), conv. con l. 29 luglio 2021, n. 108, che introduce all'art. 29 del d.lgs. n. 50 del 2016, il c. IV bis con cui si prevede che "L'interscambio dei dati e degli atti tra la Banca Dati Nazionale dei Contratti pubblici dell'ANAC, il sistema di cui al decreto legislativo 29 dicembre 2011, n. 229, e le piattaforme telematiche ad essa interconnesse avviene, nel rispetto del principio di unicità del luogo di pubblicazione e di unicità dell'invio delle informazioni, in conformità alle Linee guida AgID in materia di interoperabilità. L'insieme dei dati e delle informazioni condivisi costituiscono fonte informativa prioritaria in materia di pianificazione e monitoraggio di contratti".

³⁶ d.p.c.m. 12 agosto 2021, n. 148, avente ad oggetto il *regolamento recante modalità di digitalizzazione delle procedure dei contratti pubblici*.

³⁷ Direttiva UE 2014/24, Art. 40.

³⁸ Sull'attività contrattuale della pubblica amministrazione come strumento di politica industriale cfr.: G. M. RACCA, *Le centrali di committenza nelle nuove strategie di aggregazione dei contratti pubblici*, in *Italiadecide – Rapporto 2015*, Il Mulino, Bologna, 2015.

maggiormente efficiente³⁹. Un'unica piattaforma digitale (interoperabile con i sistemi usati per le successive fasi di scelta del contraente e di esecuzione), oltre che consentire la raccolta delle informazioni e la loro elaborazione, permette di superare gli ostacoli connessi alla dispersione delle informazioni che si verifica in presenza di molteplici canali di informazione⁴⁰. L'idea di un'unica piattaforma garantisce una maggiore trasparenza e tracciabilità nello scambio di comunicazioni, stimolando l'interesse a partecipare nel processo decisionale dell'amministrazione (si pensi a titolo esemplificativo la gestione degli elenchi fornitori per le procedure di importo inferiore alle soglie europee e la verifica della loro rotazione negli affidamenti). Gli strumenti elettronici possono fornire agli operatori economici informazioni rapide e strutturate su potenziali opportunità commerciali, sulle possibili esigenze di innovazione e bandi di gara pubblici⁴¹.

Nel settore dei lavori pubblici, il *Building Information Modelling* utilizzato unitamente a modelli contrattuali di accordi collaborativi per la progettazione delle opere pubbliche consente di sfruttare le potenzialità dei dati digitali.⁴² Gli strumenti utilizzati consentono una rappresentazione digitale con tutte le informazioni delle opere da realizzare (indicando anche i costi di manutenzione)⁴³. La disponibilità di *e-Data* sul progetto consente di valutarlo in base al costo del suo ciclo di vita (durante la fase di aggiudicazione) e semplifica l'attività di monitoraggio in fase di esecuzione, dove la manutenzione dell'opera pubblica è già presa in considerazione con una attenta e preliminare programmazione degli interventi che saranno richiesti. La piena implementazione di tale strumento (prevista per il 2025) ha richiesto comunque la previsione di tempistiche di medio-lungo termine per consentire l'adattamento allo strumento⁴⁴.

³⁹ Tale circostanza è particolarmente rilevante per la domanda di soluzioni innovative in cui il coinvolgimento preliminare del settore privato può costituire uno stimolo alla ricerca e sviluppo delle imprese. O. S. PANTILIMON VODA, *Innovative and sustainable procurement: framework, constraints and policies*, in C. H. Bovis (a cura di), *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, Edward Elgar, 2016, 220.

⁴⁰ Comitato europeo delle regioni, *Relazione sull'attuazione delle direttive sugli appalti pubblici*, 8 dicembre 2019. In ambito transfrontaliero la dispersione delle informazioni è aggravata dall'utilizzo della sola lingua nazionale.

⁴¹ Commissione UE, *Guide on dealing with innovative solutions in public procurement. 10 elements of good practice*, 2007, 17-18.

⁴² Direttiva UE 2014/24/EU, Art. 22 (4). Per esempio il *Building Information Modeling* - BIM può essere richiesto nell'ambito della progettazione di un'opera. Cfr. 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*, Bruxelles, Bruylant, 2019, 223-271; G. M. RACCA, *La digitalizzazione dei contratti pubblici: adeguatezza delle pubbliche amministrazioni e qualificazione delle imprese*, in R. CAVALLO PERIN - D.-U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, cit., 333 e s.; G. M. DI GIUDA - S. VALAGUZZA, *Gli accordi collaborativi come elemento cruciale per una regolazione strategica nel settore delle costruzioni*, working paper dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, accessibile sul sito dell'[ANAC](http://ANAC.it).

⁴³ A. L. C. CIRIBINI, M. BOLPAGNI, E. OLIVERI *An Innovative Approach to e-public Tendering Based on Model Checking*, in *Procedia Economics and Finance*, 2015, 32-39.

⁴⁴ Il d.m. 560 del 2017, che aveva inizialmente definito la tempistica per l'implementazione dello strumento nel nostro ordinamento è stato modificato dal decreto del Ministero delle Infrastrutture e Mobilità Sostenibili 2 agosto 2021, n. 312 pubblicato ai sensi del d.l. 31 maggio 2021, n. 77, art. 48, c. VI, conv. con l. 29 luglio 2021, n. 108, in cui si introduce anche un sistema punteggi premiali per l'uso nella progettazione dei metodi e strumenti elettronici.

3. La digitalizzazione della "fase di scelta del contraente" come strumento di efficienza e trasparenza

Il passaggio all'*e-Procurement* significa ripensare l'intero ciclo del contratto pubblico dal punto di vista giuridico e organizzativo in modo da valorizzare i cambiamenti introdotti dall'ICT⁴⁵. Le attività al suo interno possono avere un carattere vincolato (es. la verifica sulle eventuali condanne con sentenza definitiva per una delle fattispecie previste quale motivo di esclusione, l'iscrizione nel casellario informatico tenuto dall'Osservatorio dell'ANAC, lo stato di fallimento dell'operatore economico, la valutazione dell'offerta in caso di applicazione del criterio di aggiudicazione del minore prezzo) o tecnico-discrezionale (la verifica circa: le possibili significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto di uno degli offerenti, la possibile situazione di controllo di cui all'art. 2359 c.c. imputabile ad un unico centro decisionale di due offerte, la valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa).

Se l'attività vincolata può essere automatizzata (e semplificata) mediante l'interconnessione e l'interoperabilità delle piattaforme esistenti, per l'attività tecnico-discrezionale può risultare maggiormente complesso. In tale circostanza tutte le possibili variabili e casistiche devono essere prese in considerazione per la realizzazione degli algoritmi utilizzati nei processi decisionali informatizzati (del procedimento di scelta del contraente e dei suoi sub procedimenti) e devono risultare logiche e razionali⁴⁶.

3.1. I mezzi elettronici e le comunicazioni elettroniche

La disciplina UE richiede che le informazioni, comprese le compressioni numeriche, riprodotte e successivamente comunicate, comprese le informazioni che sono trasmesse e archiviate con mezzi elettronici (via filo, via radio, attraverso mezzi ottici o altri mezzi elettromagnetici), devono essere rese in forma "scritta" o "per iscritto"⁴⁷.

⁴⁵ Sulla digitalizzazione delle procedure di scelta del contraente cfr. d.lgs. n. 50 del 2016, art. 44. Si v. anche il d.p.c.m. 12 agosto 2021, n. 148, avente ad oggetto il *regolamento recante modalità di digitalizzazione delle procedure dei contratti pubblici*.

⁴⁶ L'utilizzo di algoritmi e altri soluzioni informatizzate può avere ad oggetto singoli sub-procedimenti o l'intera scelta del contraente. Le caratteristiche del mercato di riferimento e dell'oggetto della prestazione contrattuale, le professionalità e le risorse dell'amministrazione aggiudicatrice costituiscono variabili sulla cui base può essere valutato l'utilizzo di differenti soluzioni. Sulla distinzione tra mezzi elettronici, algoritmi, intelligenza artificiale, si v. nota n. 3. Con particolare riferimento alle procedure di scelta del contraente si v. Cons.St., III, 25 novembre 2021, n. 7891; R. CAVALLO PERIN - I. ALBERTI, *Atti e procedimenti amministrativi digitali*, in R. CAVALLO PERIN – D.-U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, cit., 141-143; D.-U. GALETTA - JUAN GUSTAVO CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, cit., 7 e s.

⁴⁷ Per una definizione di "mezzi elettronici" si v. Direttiva UE 2014/24, art. 2, par. 1 (19). Un'errata applicazione delle regole di comunicazione può comportare una violazione dei principi dell'UE in materia di trasparenza e non-discriminazione (es. ove comunicazioni siano rivolte ad un numero limitato di operatori economici e non all'intero mercato di riferimento). Tale circostanza si verifica sovente a causa di una mancata attività di analisi di mercato preliminare (o ad un limitato coinvolgimento dei possibili stakeholders). Cfr.: S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement. Regulation in the EU and UK*, 639. La disciplina UE consente forme di "comunicazione orale" per

Nell'ordinamento italiano, l'Agenzia per l'Italia Digitale - AgID coordina le attività finalizzate all'adozione dell'*e-Procurement* nel settore pubblico e definisce le regole tecniche per l'interoperabilità dei sistemi coinvolti⁴⁸. Nel settore dei contratti pubblici la disciplina specifica deve essere temperata con le previsioni delle materie connesse (es. il c.d. codice dell'amministrazione digitale, la disciplina della trasparenza, la fattura elettronica, le singole disposizioni attuative)⁴⁹.

L'utilizzo delle "mezzi elettronici" in tutte le fasi dell'approvvigionamento sono state introdotte gradualmente dal 2012⁵⁰. Anche se gli Stati membri erano liberi di superare i requisiti minimi richiesti dalla disciplina UE nell'uso di mezzi elettronici per favorire le politiche in materia di appalti *end-to-end* pochi Stati hanno fruito di questa possibilità⁵¹.

La presentazione elettronica alla Commissione UE di avvisi standardizzati⁵² per la pubblicazione viene effettuata tramite il *Tenders Electronic Daily* (TED)⁵³. Ciò è possibile attraverso la standardizzazione dei

comunicazioni aventi ad oggetto elementi diversi da quelli essenziali della procedura di aggiudicazione (Direttiva UE 2014/24, art. 22 (12)).

⁴⁸ D.lgs. n. 50 del 2016, art. 58, c. X, "L'Agenzia per l'Italia Digitale (AGID) emana, entro il 31 luglio 2016, regole tecniche aggiuntive per garantire il colloquio e la condivisione dei dati tra i sistemi telematici di acquisto e di negoziazione". Cfr. AgID, circolare 6 dicembre 2016, n. 3, *Regole tecniche aggiuntive per garantire il colloquio e la condivisione dei dati tra i sistemi telematici di acquisto e di negoziazione*.

⁴⁹ D.lgs. 7 marzo 2005, n. 82. Cfr. il d.lgs. 27 dicembre 2018, n. 148, avente ad oggetto l'attuazione della direttiva (UE) 2014/55 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014, relativa alla fatturazione elettronica negli appalti pubblici, unitamente alle specifiche tecniche predisposte dall'Agenzia delle Entrate (accessibili sul sito dell'[Agenzia delle Entrate, si v. per la versione maggiormente aggiornata le specifiche tecniche versione 1.7, utilizzabili a partire dal 1 luglio 2022](#)) - [Provvedimento del 23 dicembre 2021](#)); le linee guida predisposte dall'Agenzia per l'Italia Digitale, accessibili sul sito dell'[Agid \(in particolare quelle relative alle Linee Guida sull'interoperabilità tecnica delle Pubbliche Amministrazioni, Linee guida sul documento informatico, Linee guida contenenti le Regole Tecniche e Raccomandazioni afferenti la generazione di certificati elettronici qualificati, firme e sigilli elettronici qualificati e validazioni temporali elettroniche qualificate\)](#).

⁵⁰ Commissione UE, *E-Procurement Strategy*, cit. Direttiva UE 2014/24, per i sistemi dinamici di acquisizione, le aste elettroniche, i cataloghi elettronici e le procedure di scelta del contraente condotte da centrali di committenza è previsto che alla redazione e alla trasmissione di avvisi e disponibilità elettronica di documenti di appalto, trovi applicazione il periodo di recepimento di 24 mesi (fino al 18 aprile 2016). Cfr.: Commissione UE, *Public Procurement guidance for practitioners*, 2018, 14 e s. Per un'analisi del contesto giuridico degli Stati Membri: OECD-SIGMA, *Support for Improvement in Governance and Management Implementing the EU Directives on the selection of economic operators in public procurement procedures*, 6 settembre 2018.

⁵¹ Commissione UE, *End-to-End E-Procurement to Modernise Public Administration*, 2013. L'utilizzo obbligatorio di ulteriori mezzi / strumenti elettronici può generare risparmi significativi costituendo un fattore di crescita e promuovendo l'innovazione e la semplificazione.

⁵² Dall'aprile 2016, sono stati resi disponibili per l'utilizzo elettronico avvisi di preinformazione, bandi di gara e avvisi di aggiudicazione per contratti di importo superiore alle soglie UE. Cfr. il Regolamento di Esecuzione (UE), del 23 settembre 2019, n. 1780, che stabilisce modelli di formulari per la pubblicazione di avvisi e bandi nel settore degli appalti pubblici e che abroga il regolamento di esecuzione (UE) 2015/1986 (formulari elettronici). Circa lo sviluppo di e-form comuni si v. anche: Consiglio europeo, *Investimenti pubblici mediante appalti pubblici: ripresa sostenibile e rilancio di un'economia dell'UE resiliente*,

⁵³ Direttiva 2014/24, Art. 51 (2). Il TED corrisponde alla versione online del "Supplemento alla Gazzetta ufficiale" dell'UE.

moduli per le comunicazioni⁵⁴ e l'uso di codici identificativi comuni a livello europeo⁵⁵. L'Ufficio delle pubblicazioni si assume la responsabilità delle traduzioni e dei riassunti delle comunicazioni ricevute⁵⁶.

I bandi possono essere inviati in formato elettronico mediante: l'applicazione eNotices⁵⁷, un gestore dell'eSender TED e attraverso la scelta di diventare autonomamente un gestore TED eSender⁵⁸.

Il progetto pilota sull'uso di sistemi ICT nel Mercato Interno (*Internal Market Information System* - IMI) è volto a supportare le amministrazioni aggiudicatrici nella verifica delle informazioni fornite da imprese di altri paesi europei⁵⁹. Tuttavia il suo utilizzo è ancora molto limitato se consideriamo che nel dicembre 2021 erano circa 12.000 le amministrazioni pubbliche registrate⁶⁰.

Se i documenti introduttivi della procedura di scelta del contraente (es. il bando di gara) sono realizzati mediante formulari comuni a tutti gli Stati membri e le amministrazioni aggiudicatrici nell'UE sono obbligate a offrire per via elettronica “accesso diretto illimitato e completo gratuito ai documenti di gara”⁶¹, la documentazione di gara completa, per la sua natura complessa, non è oggetto di traduzione e tale circostanza contribuisce a disincentivare la partecipazione transfrontaliera o transnazionale. Inoltre, molti Stati membri dispongono di banche dati nazionali generate dalle loro riviste ufficiali, dai registri degli appalti pubblici o dagli osservatori degli appalti pubblici. Queste banche dati nazionali comprendono contratti che si trovano al di sopra e al di sotto delle soglie dell'UE e i dati inclusi, pur rappresentando un insieme di informazioni rilevante, hanno un'utilità limitata dalla mancanza di interoperabilità e concordanza delle informazioni tra di loro⁶². Inoltre, non tutti gli Stati membri

⁵⁴ Regolamento di Esecuzione (UE), del 23 settembre 2019, n. 1780, cit.

⁵⁵ Il Common Procurement Vocabulary – CPV e la classificazione NUTS (Nomenclature of territorial units for statistics). Diversamente da molte Gazzette Ufficiali nazionali (in cui la pubblicazione comporta spesso un costo addebitato all'amministrazione aggiudicatrice o al futuro aggiudicatario), la pubblicazione sulla GUUE è gratuita. Direttiva UE 2014/24, artt. 51 e 52. L. VALADARES TAVARES, *Why e-Public Procurement?*, op. cit., 18.

⁵⁶ C. H. BOVIS, *EU Public Procurement Law*, op. cit., 66. Direttiva UE 2014/24, Art. 51 (3).

⁵⁷ Regolamento di esecuzione (UE) 2015/1986, cit. “eNotices” è un servizio gratuito che offre l'opportunità di verificare i possibili errori nelle comunicazioni, compresa la loro conformità alle Direttive UE del 2014 sui contratti pubblici.

⁵⁸ L'utilizzo dei servizi messi a disposizione dal TED richiede la registrazione nell'European Commission Authentication Service (ECAS).

⁵⁹ Le amministrazioni aggiudicatrici possono inviare le proprie comunicazioni per via elettronica all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea nelle modalità di cui alla Direttiva UE 2014/24, Art. 51 (6) ed al suo allegato VIII. Le amministrazioni aggiudicatrici possono anche pubblicare avvisi per appalti pubblici che non sono soggetti agli obblighi di pubblicazione stabiliti dalle direttive UE. Ad esempio, contratti che sono al di sotto della soglia di rilevanza europea possono essere ancora pubblicati a livello dell'UE non solo per promuovere i principi dell'UE in materia di appalti pubblici, ma anche per incoraggiare ulteriori procedure transfrontaliere.

⁶⁰ Cfr. la pagina web dedicata all'[Internal Market Information System](#).

⁶¹ Direttiva UE 2014/24, art. 22 (5). R. BICKERSTAFF, *E-procurement under the new EU procurement Directives*, op. cit., 134-147. La disciplina UE prevede anche situazioni eccezionali al cui verificarsi le amministrazioni aggiudicatrici sono autorizzate a rinunciare all'uso della comunicazione elettronica. Tali circostanze possono essere: garantire maggiore sicurezza alle informazioni; considerazioni tecniche, la necessità di strumenti specifici che non sono disponibili o supportati da applicazioni della pubblica amministrazione.

⁶² *e-Procurement Uptake Final Report*, documento preparato per la DG GROW, 23 aprile 2015.

dispongono di proprie banche dati, ove esistenti, il loro utilizzo ha portata limitata a livello nazionale o locale⁶³.

Ulteriori limitazioni possono riguardare l'uso della nomenclatura delle unità territoriali per le statistiche (NUTS)⁶⁴. Tali codici, riportati nel bando di gara, sono utilizzati per localizzare l'area in cui devono essere eseguite le prestazioni contrattuali derivanti da una procedura di scelta del contraente⁶⁵. Restrizioni nell'utilizzo di tali codici possono limitare forme di collaborazione pubblico-pubblico a carattere transfrontaliero⁶⁶.

Inoltre, le informazioni contenute nelle banche dati nazionali variano non solo per quanto riguarda la portata dei contratti presi in considerazione, ma anche per quanto riguarda il livello di dettaglio e la tipologia di informazioni raccolte ed, eventualmente, messe a disposizione del pubblico⁶⁷.

Per evitare la duplicazione delle attività di raccolta delle informazioni (a livello locale, nazionale e dell'UE), si prospetta la possibilità di “collegare i registri nazionali degli appalti con il TED (*Tenders Electronic Daily*) per eliminare l'obbligo per le amministrazioni aggiudicatrici di pubblicare la stessa informazione in due sistemi”⁶⁸. Una maggiore interconnessione tra le piattaforme è oggi perseguita nell'ordinamento giuridico italiano, in cui si prevedono forme automatizzate di collegamento con le infrastrutture informatiche già esistenti a livello nazionale⁶⁹. Tuttavia, tali misure necessitano ancora di una effettiva attuazione.

Per una maggiore interoperabilità e tracciabilità nel mercato interno, le direttive UE del 2014 in materia di contratti pubblici, hanno conferito alla Commissione UE il potere di modificare⁷⁰ le modalità di utilizzo e le caratteristiche tecniche degli strumenti utilizzati per le comunicazioni elettroniche (oltre che per la ricezione delle offerte e delle domande di partecipazione, nonché dei piani e progetti nei concorsi di

⁶³ Commissione UE, *Interoperability between e-procurement systems and other government databases*. La mancanza di interoperabilità tra le diverse piattaforme elettroniche nazionali non consente lo scambio transfrontaliero di dati e può costituire un ostacolo per gli appalti transfrontalieri e / o la cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici.

⁶⁴ Il NUTS è un geocodice che consente di fare riferimento alle suddivisioni territoriali degli stati a fini statistici.

⁶⁵ Per ogni Stato Membro, Eurostat stabilisce una gerarchia di tre livelli NUTS.

⁶⁶ A titolo esemplificativo, la piattaforma online austriaca (accessibile in lingua tedesca) consente l'indicazione di un unico codice NUTS, rendendo impossibile l'inclusione sia del codice NUTS austriaco che quello di altre aree territoriali. Sul punto si v. BBG-SKI report per la Commissione UE, *Feasibility study concerning the actual implementation of a joint cross-border procurement procedure by public buyers from different Member States*, 2017.

⁶⁷ A titolo esemplificativo: sopra soglia e sotto soglia, o la raccolta di informazioni riferite unicamente a settori merceologici specifici. Cfr. PwC, studio realizzato per la Commissione UE, *Strategic use of public procurement in promoting green, social and innovation policies*, dicembre 2015.

⁶⁸ Parlamento UE resolution on the public procurement strategy package, *op. cit.*, 30.

⁶⁹ d.p.c.m. 12 agosto 2021, n. 148, art. 14, in cui si prevede l'interconnessione tra i sistemi telematici utilizzati per la digitalizzazione delle procedure di scelta del contraente e quelle gestite dall'ANAC e dal Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili. Si v. ANAC, delibera 24 novembre 2021, n. 773, con cui è stato approvato il bando tipo n. 1 "Schema di disciplinare di gara - Procedura aperta telematica per l'affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture nei settori ordinari sopra soglia comunitaria con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo".

⁷⁰ Direttiva UE 2014/24, art. 22 (7).

progettazione) per consentire l'eventuale adeguamento tecnologico⁷¹, e l'interoperabilità dei formati tecnici in un contesto transfrontaliero⁷².

Tale attività potrebbe essere utilmente estesa anche alla fase preliminare della procedura di scelta del contraente. In tale senso, gli Stati membri potrebbero svolgere un ruolo attivo e coordinato nell'applicazione di un pacchetto di *e-procurement* trasparente e interoperabile nell'UE.

Una spinta a livello europeo nell'uso di mezzi elettronici da parte degli Stati membri, e sulla loro interoperabilità, pare necessaria. La Commissione UE potrebbe coordinare le attività ed i risultati realizzati nell'ambito dei progetti finanziati sull'uso di soluzioni digitali rilevanti nel settore dei contratti pubblici.

Un'estensione dell'utilizzo delle comunicazioni elettroniche per i contratti di importo inferiore alle soglie UE può incoraggiare una più ampia diffusione delle informazioni sulle procedure di scelta del contraente da parte delle amministrazioni aggiudicatrici. Questo potrebbe rappresentare un primo passo verso un più ampio utilizzo degli strumenti di *e-procurement*. Inoltre, i paesi in cui il coinvolgimento delle piccole e medie imprese (PMI) negli appalti pubblici è particolarmente elevato (ad es. Estonia)⁷³ potrebbero ricorrere a soglie basse per facilitare la partecipazione delle PMI alle procedure di gare. In questo caso, le PMI con risorse limitate devono essere accompagnate nel processo di transizione all'uso di mezzi elettronici e piattaforme di *e-procurement*.⁷⁴

3.2. Il Documento di Gara Unico Europeo – DGUE per la qualificazione degli operatori economici

Le direttive del 2014 in materia di contratti pubblici individuano tra gli strumenti di semplificazione degli oneri amministrativi per la partecipazione ad una procedura di scelta del contraente⁷⁵ il documento unico di gara europeo (DGUE)⁷⁶. Il DGUE è un'autodichiarazione, disponibile in tutte le lingue dell'UE,

⁷¹ Direttiva UE 2014/24, art. 22 (1), subpar. II (a)(b)(c)(d).

⁷² Direttiva UE 2014/24, art. 22 (7), subpar. III.

⁷³ Cfr. M. A. SIMOVART - M. BORODINA, *A Qualitative Step from e-Communication to e-Procurement: the Estonian e-Procurement Model*, in G. M. Racca - C.R. Yukins (a cura di) *Joint Public Procurement and Innovation Lessons Across Borders*, Bruylant, 2019, 507.

⁷⁴ *e-Procurement Uptake Final Report*, cit., 49 e s. Ove si segnala come soglie basse per l'e-Notification sono considerate una buona pratica che promuove l'adozione di appalti elettronici e l'inclusione delle PMI.

⁷⁵ I. LOCATELLI, *Process Innovation Under the New Public Procurement Directives*, in G. M. Racca - C.R. Yukins (a cura di) *Joint Public Procurement and Innovation Lessons Across Borders*, cit., 31 e s. G. M. RACCA, *The role of IT solutions in the award and execution of public procurement below threshold and list B services: overcoming e-barriers*, in D. DRAGOS – R. CARANTA (a cura di) *Outside the EU Procurement Directives - inside the Treaty?*, op. cit., 382-383.

⁷⁶ Direttiva UE 2014/24/EU, Art. 59.

utilizzata come prova preliminare della titolarità dei criteri di selezione e dell'assenza dei motivi di esclusione in capo all'offerente/candidato⁷⁷.

Il DGUE, già obbligatorio dall'aprile 2016 in forma cartacea⁷⁸, è gestito dall'aprile 2018 unicamente in modalità elettronica (e-DGUE)⁷⁹. Da tale data, permanendo i vincoli circa l'utilizzo del DGUE, si è richiesta una integrazione tra i portali nazionali⁸⁰.

Il DGUE può essere utilizzato in differenti modalità⁸¹ la cui attuazione è stata finanziata dal programma ISA⁸².

Il pieno potenziale del DGUE può essere raggiunto solo se integrato con le piattaforme e banche dati nazionali. A livello europeo eCertis è il sistema elettronico volto ad agevolare lo scambio di certificati e altri documenti probatori richiesti. Il limite di tale sistema è dato dal carattere volontario degli aggiornamenti e delle verifiche delle autorità nazionali dei dati presenti⁸³.

L'intervento dell'UE costituisce un impulso per la digitalizzazione della pubblica amministrazione e creando le basi per la semplificazione delle procedure (soprattutto a livello transfrontaliero) attraverso l'attuazione del *Once-Only Principle* ("OOP")⁸⁴. Tale concetto è volto a consentire agli operatori economici di fornire le informazioni una sola volta ai soggetti pubblici e che questi ultimi dovrebbero condividere tali informazioni internamente.

⁷⁷ G. M. RACCA, *Electronic Qualitative Selection of Economic Operators: the challenge of the European Single Procurement Document (ESPD)*, in M. BURGI – M. TRYBUS – S. TREUMER (a cura di) *Qualification, Selection and Exclusion in EU Procurement*, DJØF Publishing, Copenhagen, 2016, 303-325; S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities procurement. Regulation in the EU and UK*, *op. cit.*, 1307 e s.; A. SEMPLE, *A practical guide to public procurement*, Oxford University Press, Oxford, 2015. Regolamento di esecuzione (UE) 2016/7 che stabilisce il modello di formulario per il documento di gara unico europeo, 5 gennaio 2016; Commissione UE, *Legal framework for the European Single Procurement Document (ESPD) as set out in the Directive 2014/24/EU*, 11 febbraio 2015.

⁷⁸ Regolamento di esecuzione (UE) 2016/7, cit. Circa il servizio fornito dalla Commissione UE cfr. il sito dedicato all'[European Single Procurement Document](#).

⁷⁹ La versione elettronica del DGUE sviluppata dalla Commissione UE è stata disponibile per gli Stati membri fino al maggio 2019. Il servizio web DGUE consente agli operatori economici e alle amministrazioni aggiudicatrici di creare, modificare ed esportare il DGUE elettronico. Come strumento di semplificazione per gli operatori economici, le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute ad accettare il DGUE presentato dagli offerenti, sebbene il suo utilizzo non sia obbligatorio. Cfr. Regolamento di esecuzione (UE) 2016/7, considerando n.ro 6.

⁸⁰ Commissione UE, *Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the review of the practical application of the European Single Procurement Document (ESPD)*, 17 maggio 2017, COM(2017)242 final, 3; Commissione UE, *European single procurement document and eCertis*, accessibile sul sito della [Commissione UE](#).

⁸¹ Il programma ISA² sostiene lo sviluppo di strumenti, servizi e strutture nel settore dell'e-Government, nell'ambito del quale è stato approvato nel 2020 un progetto pilota coordinato da AgID per l'analisi dei dati attraverso una infrastruttura comune. Nell'ambito del progetto PANAC ha collaborato alla realizzazione dell'*Interoperability Solutions for Administrations* alla definizione del *Core Criterion Core Evidence Vocabulary*, che supporta un linguaggio comune per la verifica dei requisiti e la descrizione dei mezzi di prova, di un *Core Assessment Vocabulary* (per descrivere le attività di valutazione dell'offerta in sede di gara) e a quelle per il *Base Register Data Catalogue* che facilita la descrizione e la ricerca dei portali che permettono l'accesso ai dati in Europa. Cfr. Autorità Nazionale Anticorruzione, *Relazione annuale 2020*, 18 giugno 2021, 56.

⁸² Soluzioni di interoperabilità per pubbliche amministrazioni, imprese e cittadini. Cfr. il sito della [Commissione UE](#).

⁸³ Direttiva UE 2014/24, considerando n.ro 87. D.lgs. n. 50 del 2016, art. 88, c. I.

⁸⁴ The ESPD allows the advancement of the "once-only principle". Commissione UE, *Information system e-Certis*, 2016.

Gli Stati membri, in particolare quelli con un ordinamento giuridico complesso, hanno bisogno di un impegno efficace nel perseguire una reale semplificazione nella selezione qualitativa degli offerenti. Una leadership e controllo degli interventi a livello dell'UE sembra essenziale. Ad esempio, negli Stati membri in cui sono stati attuati tutti i motivi di esclusione⁸⁵ previsti dalle direttive europee del 2014 (come in Italia), le amministrazioni aggiudicatrici richiedono un'autodichiarazione integrativa rispetto al contenuto del DGUE⁸⁶. Questa documentazione supplementare costituisce un onere ulteriore posto a carico degli offerenti.

La connessione di e-Certis al miglioramento del DGUE ed alle banche dati nazionali può costituire uno stimolo per favorire non solo l'interoperabilità degli strumenti informatici, ma anche la cooperazione a livello europeo per lo sviluppo e implementazione di sistemi comuni⁸⁷.

Ulteriori evoluzioni del DGUE (e di e-Certis) dovranno anche tener conto degli sviluppi nei sistemi di interconnessione dei registri degli Stati membri (come il sistema di interconnessione dei registri delle imprese - *Business Registers Interconnection System BRIS*), l'interconnessione dei registri fallimentari o il sistema europeo di informazione sui casellari giudiziari (*European Criminal Records information System ECRIS*), che includono documenti e certificati utilizzati anche nell'ambito delle procedure di aggiudicazione che facilitano l'interoperabilità⁸⁸.

I dati raccolti attraverso gli strumenti elettronici sono un elemento utile nella valutazione dell'affidabilità degli operatori economici e della qualità delle sue prestazioni per la definizione di *white list* reputazionali. Elenchi ufficiali di operatori economici riconosciuti possono essere molto utili e i dati potrebbero essere messi a disposizione degli altri Stati membri al fine di favorire la partecipazione transfrontaliera.

In Italia, la Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici per consentire alle amministrazioni aggiudicatrici di verificare i motivi di esclusione e i criteri di selezione⁸⁹. Il sistema per rendere interoperabili e coordinate le informazioni gestite dall'ANAC (volto a garantire la completezza e unicità delle informazioni⁹⁰) tuttavia

⁸⁵ Direttiva UE 2014/24, art. 57. G. M. RACCA, *Electronic Qualitative Selection of Economic Operators: the challenge of the European Single Procurement Document (ESPD)*, *op. cit.*, 2016.

⁸⁶ In Italia, le amministrazioni aggiudicatrici chiedono un'autodichiarazione autonoma per la regolarità del pagamento per la sicurezza sociale dei dipendenti (e dell'autorità territoriale competente), il rispetto obbligatorio (da parte dei dipendenti dell'offerente) del codice etico nazionale degli enti pubblici e accettazione del trattamento dei dati personali. Cfr. D.P.R. No. 62 del 2013.

⁸⁷ Direttiva UE 2014/24, artt. 59 e 60.

⁸⁸ Commissione UE, *Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the review of the practical application of the European Single Procurement Document (ESPD)*, *op. cit.*, 11-12. La standardizzazione è spesso posta in contraddizione rispetto all'innovazione. Tuttavia la standardizzazione può servire da catalizzatore per l'innovazione, in particolare nella definizione di standard, procedimenti, metodologie e certificati di qualità tra gli Stati membri. In relazione all'ordinamento giuridico italiano: d.p.c.m. 12 agosto 2021, n. 148, avente ad oggetto il regolamento recante modalità di digitalizzazione delle procedure dei contratti pubblici, art. 15, c. II e, sui requisiti di partecipazione, art. 20.

⁸⁹ D.lgs. n. 50 del 2016, art. 81, come modificato dal d.l. 31 maggio 2021, n. 77, art. 53, c. V, lett. d), convertito in l. n. 108 del 2021, on cui è stata accorpata la Banca Dati Nazionale degli Operatori Economici (gestita dal Ministero per le Infrastrutture ed i Trasporti) nella Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici.

⁹⁰ ANAC, *Relazione annuale 2014*, 2 luglio 2015, 7. Si v. anche ANAC, *Relazione annuale 2020*, 18 giugno 2021, 21.

appare solo parzialmente implementato⁹¹ e pare mancare un coordinamento che potrebbe essere svolto dalla “Cabina di regia” prevista dalla disciplina nazionale⁹². Il PNRR pare supportare il superamento degli ostacoli mediante la digitalizzazione dei processi di dichiarazione e verifica dei requisiti per la partecipazione agli appalti pubblici e l’inetrobilabilità delle banche dati in possesso delle amministrazioni pubbliche⁹³. Le misure attuative del PNRR pare individuare proprio nella Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici lo strumento digitale in cui istituire il fascicolo virtuale dell’operatore economico ed ove è possibile la consultazione in tempo reale delle certificazioni degli operatori economici⁹⁴, anche mediante sistemi telematici che consentano la verifica dei requisiti, e gli adempimenti connessi (quale il soccorso istruttorio) in maniera digitalizzata⁹⁵.

3.3. Gli strumenti per la *e-Submission* delle offerte

La presentazione elettronica delle offerte è diventata obbligatoria per tutte le amministrazioni aggiudicatrici dall’ottobre 2018⁹⁶.

Gli strumenti di *e-submission* consentono agli operatori economici di partecipare alle gare d'appalto preparando le offerte elettronicamente⁹⁷. Questa fase di solito avviene attraverso l'uso di moduli *online* strutturati e / o la presentazione di documenti digitali come file XML o PDF.

Le eccezioni all’utilizzo di mezzi di comunicazione elettronici per la presentazione delle offerte sono strettamente connesse alla tutela della sicurezza delle informazioni particolarmente sensibili che richiedono un livello di protezione così elevato, che non può essere adeguatamente garantito mediante l'uso di strumenti elettronici⁹⁸. La corretta gestione dei dati è una delle tematiche maggiormente rilevanti.

⁹¹ ANAC, *Relazione annuale 2014*, 2 luglio 2015, 80 *et seq.* Ove si rileva una mancanza delle informazioni riportate dalle amministrazioni aggiudicatrici e un’implementazione del sistema che, fino ad ora, non è pienamente operativo.

⁹² Sulla Cabina di regia cfr. d.lgs. n. 50 del 2016, art. 212. Circa l’attività sulle banche dati cfr. d.lgs. 50 del 2016, artt. 85, c. VIII e 88

⁹³ Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza - PNRR, *cit.*, 70.

⁹⁴ d.l. 31 maggio 2021, n. 77, art. 53, c. V, lett. d), conv. con l. 29 luglio 2021, n. 108, che modifica l’art. 81 del d.lgs. n. 50 del 2016.

⁹⁵ In relazione all’ordinamento giuridico italiano: d.p.c.m. 12 agosto 2021, n. 148, avente ad oggetto il *regolamento recante modalità di digitalizzazione delle procedure dei contratti pubblici*, art. 15, c. II e, sui requisiti di partecipazione, artt. 19-20.

⁹⁶ A partire dall’aprile 2017, tuttavia, le centrali di committenza (in considerazione del loro specifico fine istituzionale) dovevano adottare mezzi di comunicazione elettronici che comprendevano la presentazione elettronica delle offerte. Cfr. Direttiva UE 2014/24, art. 22. Cfr. V. EIRÓ, *E-procurement: the Portuguese experience*, in *PPLR*, 2016, NA5-NA16.

⁹⁷ R. BICKERSTAFF, *E-procurement under the new EU procurement Directives*, *op. cit.*, 141. P. FERK, *E-Procurement between EU Objectives and the Implementation Procedures in the Member States - Article 22(1)*, to be published in G. S. Olykke – A. Sanchez-Graells (a cura di), *Reformation or Deformation of the EU Public Procurement Rules in 2014*, Edward Elgar Publishing, 2016; Direttiva UE 2014/24, art. 22(1)(a) (b) (c) e (d).

⁹⁸ Direttiva UE 2014/24/EU, Art. 22 (1), subpar. IV. Riguardo alle comunicazioni per le quali non sono utilizzati mezzi di comunicazione elettronici ai sensi del secondo comma, la comunicazione avviene per posta o altro idoneo supporto ovvero mediante una combinazione di posta o altro idoneo supporto e mezzi elettronici. Cfr.: S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities procurement. Regulation in the EU and UK*, *op. cit.*, 639 *et seq.*; P. FERK, *Can the Implementation of Full E-Procurement into Real Life Address the Real Challenges of EU Public Procurement?*, *op. cit.*, 327 *et seq.*

Deve essere salvaguardata la riservatezza e l'integrità dei dati delle offerte e deve essere garantita la registrazione di tutte le operazioni svolte sulle stesse (quali la data e l'ora esatte di ricezione elettronica delle offerte, richieste di partecipazione o progetti) in modo da tracciare l'intero processo per evitare una violazione dei principi europei di parità di trattamento e non discriminazione⁹⁹. A titolo esemplificativo, nessun accesso ai dati trasmessi deve essere effettuato prima della scadenza prevista per la presentazione delle offerte e solo le persone autorizzate possono stabilire o modificare le date di apertura dei dati durante la procedura di appalto. Tutti i dati ricevuti o accessibili sono accessibili solo al personale dotato di una determinata autorizzazione¹⁰⁰.

La tracciabilità della documentazione presentata consente, in caso di violazione delle norme di sicurezza, all'amministrazione aggiudicatrice di individuare tali infrazioni¹⁰¹.

Un possibile ostacolo tecnico è legato alla disponibilità sul mercato dei *software* o strumenti necessari per presentare un'offerta. Se i documenti di gara richiedono l'uso di tecnologie o strumenti che non sono disponibili al pubblico, l'amministrazione aggiudicatrice deve fornire un mezzo di accesso alternativo. È necessario fornire un accesso gratuito e illimitato per via elettronica a questi strumenti e dispositivi¹⁰².

Profili problematici nella presentazione delle offerte riguardano la capacità di utilizzare correttamente gli strumenti di *e-procurement* e i mezzi utilizzati per l'autenticazione e il riconoscimento dell'identificazione elettronica dell'offerente.

Gli strumenti per la *e-submission*, se consentono di superare la necessità di distinguere tra mancata allegazione del documento e sua illeggibilità (in quanto in una procedura informatizzata un documento illeggibile già nella creazione del file costituisce un documento tecnicamente irregolare¹⁰³, sostanzialmente invalido¹⁰⁴ che comporta l'esclusione dell'offerente dalla procedura di gara¹⁰⁵) si segnala l'esigenza di strumenti che assistano e accompagnino le imprese al corretto utilizzo degli strumenti informatici usati nella presentazione delle offerte¹⁰⁶.

⁹⁹ d.p.c.m. 12 agosto 2021, n. 148, artt. 6-9.

¹⁰⁰ Direttiva UE 2014/24/EU, allegato IV. d.p.c.m. 12 agosto 2021, n. 148, art. 3. Sulla necessità di garantire la segretezza dell'offerta presentata su piattaforma si v.: T.A.R. Molise, Campobasso, I, 14 maggio 2021, n. 175.

¹⁰¹ d.p.c.m. 12 agosto 2021, n. 148, art. 6.

¹⁰² Direttiva UE 2014/24/EU, art. 22 (5). Nell'ordinamento giuridico italiano si v. d.lgs. n. 50 del 2016, art. 52.

¹⁰³ Cass., I, 16 dicembre 2020, n. 28721.

¹⁰⁴ Cons. St., V, 21 giugno 2017, n. 3042.

¹⁰⁵ Cons. St., V, 17 maggio 2021, n. 3833, ove non era oggetto di contestazione il funzionamento del Sistema indicato dall'amministrazione aggiudicatrice per la *e-submission* delle offerte. Si v. anche: TAR Toscana, Firenze, 21 aprile 2021, n. 557, in cui il gestore della piattaforma aveva avuto il modo di dimostrare gli errori compiuti dall'offerente in sede di caricamento dell'offerta.

¹⁰⁶ T.A.R. Campania, Napoli, VIII, 10 giugno 2021, n. 3923, in cui viene rimarcata la necessità di un corretto caricamento dell'offerta da parte dell'operatore economico (nel caso di specie il riferimento era all'offerta economica inserita all'interno della piattaforma).



La firma elettronica può essere sia uno strumento di semplificazione, sia una barriera per gli scambi transfrontalieri¹⁰⁷. La sua apposizione su un atto garantisce che il documento sia stato firmato dal titolare del certificato digitale che accompagna il documento (vale a dire l'autenticità)¹⁰⁸, non sia stato modificato dal momento in cui la firma digitale è stata posizionata sul documento (ovvero integrità), e il firmatario non può negare di aver firmato il documento (vale a dire il non ripudio).

La firma elettronica è stata riconosciuta per la prima volta nella direttiva del 1999¹⁰⁹. Le norme dell'UE sull'identificazione elettronica sono state riviste per rafforzare la “fiducia nelle transazioni elettroniche nel mercato interno fornendo una base comune per l'interazione elettronica sicura tra cittadini, imprese e autorità pubbliche, con l'obiettivo di rendere maggiormente efficaci i servizi online pubblici e privati, le attività elettroniche e il commercio elettronico” nell'UE¹¹⁰. Le direttive UE del 2004 sugli appalti pubblici hanno consentito di regolare il livello di firma elettronica richiesto e limitare la scelta delle amministrazioni aggiudicatrici a firme qualificate¹¹¹. Il livello di sicurezza richiesto per l'uso delle comunicazioni elettroniche nelle varie fasi della procedura di appalto è lasciato agli Stati membri creando possibili differenze negli ordinamenti giuridici. Un coordinamento tra loro sembra essenziale per superare tali differenze¹¹².

La preferenza per le firme elettroniche qualificate è una barriera per la partecipazione a procedure di scelta del contraente gestite con mezzi elettronici a cui si è cercato di ovviare semplificando l'accesso ai servizi pubblici elettronici transfrontalieri mediante firme elettroniche interoperabili e strumenti di

¹⁰⁷ Nel 2010, 18 paesi già richiedevano l'uso delle firme elettroniche nelle procedure di e-Procurement, “mentre 13 paesi non le hanno espressamente richieste. In termini di tipo di firma richiesta, 13 dei 27 Stati membri hanno introdotto un requisito legale che specifica l'uso di firme elettroniche avanzate”. La direttiva CE 1999/93/EC on a Community framework for electronic signatures è stata modificata nel 2014 con l'obiettivo di promuovere “un quadro transfrontaliero e intersettoriale globale per transazioni elettroniche sicure, affidabili e di facile utilizzo”. Regolamento UE, No. 910/2014 del 23 luglio 2014, in *materia di identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno e che abroga la Direttiva CE 1999/93*, Recital No. 3. Cfr. anche *e-Procurement Uptake Final Report*, realizzato per la DG GROW, 23 aprile 2015, 134.

¹⁰⁸ TAR Abruzzo, L'Aquila, 28 luglio 2021, n. 403, ove a seguito di un disallineamento della piattaforma utilizzata, il Collegio riconosce che “dalla sottoscrizione deriva quindi un nesso indissolubile e incontestabile – avente piena efficacia giuridica – tra l'offerente e il contenuto dell'offerta in grado di vincolare l'autore al contenuto del documento per assicurare la serietà, l'affidabilità e l'insostituibilità della stessa. Sicché, anche valorizzando la sottoscrizione dell'offerta, operata dal solo Consorzio, non è possibile dubitare della provenienza della stessa. Sulla rilevanza della sottoscrizione”. cfr. ANAC, delibera 3 febbraio 2021, n. 98, nel quale l'Autorità ha ritenuto illegittima l'esclusione di un concorrente laddove, in base alle circostanze concrete, l'offerta risulti con assoluta certezza riconducibile e imputabile a un determinato operatore economico. Rispetto a mere irregolarità formali deve prevalere il superiore interesse dell'amministrazione a non escludere un concorrente che è identificabile con assoluta certezza sulla base di altri elementi acquisiti aliunde, nell'ambito della documentazione prodotta.

¹⁰⁹ Direttiva CE 1999/93.

¹¹⁰ Regolamento UE, No. 910/2014 del 23 luglio 2014.

¹¹¹ Direttiva 2004/18/CE, art. 42(5)(b) e allegato X. Per i settori speciali cfr. Direttiva 2004/17/CE, art. 48(5)(b) e allegato XXIV. Il dispositivo elettronico per la ricezione delle offerte e delle domande di partecipazione deve garantire che le firme elettroniche utilizzate siano conformi alle disposizioni nazionali adottate ai sensi della Direttiva CE 1999/93.

¹¹² I. LOCATELLI, *Process Innovation Under the New Public Procurement Directives*, in G. M. Racca - C.R. Yukins (a cura di) *Joint Public Procurement and Innovation Lessons Across Borders*, cit., par. 4.5.

identificazione elettronica¹¹³. Tali attività si scontrano con le limitazioni poste da ciascuno Stato membro che ha sviluppato standard digitali e certificati propri. I certificati digitali per l'autenticazione e per la firma dei documenti possono essere onerosi, soprattutto per le PMI e le società straniere, costituendo una barriera agli scambi transnazionali o transfrontalieri¹¹⁴. Al fine di evitare che l'acquisizione di un certificato digitale diventi un onere burocratico, a livello europeo si è previsto il riconoscimento reciproco delle firme elettroniche con un sistema qualificato di certificazione.

Il regolamento eIDAS definisce tre livelli di firma elettronica: firma elettronica "semplice"¹¹⁵, firma elettronica avanzata¹¹⁶; e firma elettronica qualificata¹¹⁷. Gli strumenti per la digitalizzazione delle procedure in Italia sono vincolate dal rispetto di tali parametri¹¹⁸.

Per presentare un'offerta firmata digitalmente su una piattaforma elettronica, le società straniere devono ancora acquisire un certificato di firma digitale nel paese della piattaforma. Per rimuovere gli ostacoli, migliorare gli scambi transfrontalieri e ridurre la complessità tecnico / operativa per le amministrazioni aggiudicatrici, la Commissione incoraggia gli Stati membri a rivalutare, mediante analisi dei rischi, se le firme digitali sono strettamente necessarie nella fase di gara e spostare la firma nella fase di stipulazione del contratto. Laddove la firma digitale delle offerte sia considerata inevitabile, le amministrazioni aggiudicatrici potrebbero applicare un modello di presentazione elettronica che accetti tutte le firme elettroniche qualificate (QES) utilizzando i certificati inclusi negli elenchi di fornitori di servizi di certificazione dell'UE affidabili¹¹⁹. Questi dovrebbero essere visti come una firma "passaporto" oltre confine¹²⁰.

¹¹³ Commissione UE, *Action plan for the implementation of the legal framework for electronic public procurement*, 13 dicembre 2004. In cui si evidenziava anche l'assenza di strumenti per il riconoscimento di firme digitali di operatori economici/fornitori di altri Stati membri. Cfr. anche Commissione UE, *A Digital Agenda for Europe*, 19 maggio 2010. In tale contesto, l'agenda digitale europea aveva previsto una revisione della legislazione sulle firme elettroniche e un rafforzamento dei lavori nel settore dell'identificazione elettronica.

¹¹⁴ Una delle principali iniziative in Europa è stata l'armonizzazione delle regole tecniche e delle firme elettroniche. È stato sviluppato un software open source per la creazione e la convalida della firma elettronica che gli Stati membri possono utilizzare a livello nazionale nell'ambito del programma ISA. Poiché il processo di acquisizione di un certificato digitale può essere un onere burocratico (ad es. in Germania e Portogallo), la legislazione europea ha previsto il riconoscimento reciproco delle firme elettroniche con un sistema qualificato di certificazione. Si v. Action 1.9 sull'interoperabilità dei servizi pubblici in Europa.

¹¹⁵ Regolamento UE, No 910/2014, Art. 3 (10).

¹¹⁶ Regolamento UE, No 910/2014, Art. 3 (11).

¹¹⁷ Regolamento UE, No 910/2014, Art. 3 (12).

¹¹⁸ d.p.c.m. 12 agosto 2021, n. 148, avente ad oggetto il *regolamento recante modalità di digitalizzazione delle procedure dei contratti pubblici*, art. 4.

¹¹⁹ European Union Agency for Network and Information Security, *Security guidelines on the appropriate use of qualified electronic signatures - Guidance for users*, dicembre 2016.

¹²⁰ Ogni piattaforma per la e-submission supporta le offerte firmate digitalmente indipendentemente dal paese di origine del certificato. La verifica della firma elettronica sulle offerte è notevolmente semplificata: una volta che gli strumenti di verifica disponibili sulla piattaforma hanno verificato la validità del certificato (cioè che non risulti scaduto né revocato), l'offerta dovrebbe essere accettato senza ulteriori considerazioni sui livelli di sicurezza.

Le "firme elettroniche" sono parte del meccanismo per collegare l'Europa (CEF)¹²¹. L'infrastruttura di servizi digitali per gli appalti elettronici sviluppata dall'UE consente la piena interoperabilità transfrontaliera per gli appalti pubblici elettronici¹²².

La Commissione europea ha adottato ulteriori misure per consentire alle amministrazioni aggiudicatrici di identificare l'origine / certificazione delle firme dei paesi partner e per superare gli ostacoli nell'UE¹²³. La piattaforma applicativa ESSI supporta la generazione, la verifica e l'estensione delle firme elettroniche interoperabili¹²⁴ e può convalidare le firme elettroniche esistenti sui documenti ricevuti, a condizione che tali firme siano conformi agli standard riconosciuti.

Nell'ordinamento giuridico italiano, gli atti adottati da una amministrazione nel contesto di una procedura di scelta del contraente richiedono una firma elettronica avanzata¹²⁵ e si pone a carico dell'amministrazione aggiudicatrice l'onere di mettere a disposizione degli interessati le indicazioni circa le specifiche per la partecipazione per via elettronica (compresa la cifratura e la datazione), il livello di sicurezza da utilizzare nelle fasi della procedura d'aggiudicazione (tenendo conto di relativi rischi) e, ove ne ricorrano i rischi, definisce il formato della firma elettronica avanzata¹²⁶.

Tali adempimenti devono oggi tenere in considerazione le misure per la digitalizzazione e le regole tecniche disposte per garantire l'interoperabilità tra i sistemi telematici esistenti (utilizzate dalle Autorità nazionali)¹²⁷.

3.4. L'aggiudicazione elettronica

La valutazione delle offerte può essere effettuata in via elettronica attraverso il mero utilizzo di sistemi informatici finalizzati a rendere elettroniche alcune parti (es. la sommatoria dei punteggi attribuiti alle

¹²¹ Detta "firma elettronica CEF".

¹²² Commissione UE, *Connecting Europe Facility in Telecom*. I DSI fondamentali riguardano: eID ed eSignature (servizi che consentono il riconoscimento e la convalida transfrontaliera di identificazione elettronica e firma elettronica), eDelivery (servizi per la trasmissione transfrontaliera sicura e tracciabile di documenti elettronici), traduzione automatizzata (servizi che consentono ai servizi digitali paneuropei di operare in un ambiente multilingue), sicurezza informatica (servizi per migliorare la capacità a livello dell'UE di preparazione, condivisione delle informazioni, coordinamento e risposta alle minacce informatiche) e fatturazione elettronica (servizi che consentono lo scambio elettronico sicuro di fatture).

¹²³ Il progetto PEPPOL ha sviluppato soluzioni online che consentano il riconoscimento automatico delle firme elettroniche di altri Stati membri da utilizzare nell'ambito di una procedura di scelta del contraente. Il servizio di firma elettronica soddisfa i requisiti di sicurezza e legali delle tipiche applicazioni di firma elettronica della Commissione europea, compresa l'interoperabilità transfrontaliera.

¹²⁴ Gestisce firme elettroniche avanzate su XML, PDF o qualsiasi documento binario, sulla base delle specifiche contenute nel Regolamento UE, No 910/2014.

¹²⁵ In conformità ai requisiti previsti dalle regole tecniche adottate in attuazione del Codice dell'amministrazione digitale di cui al d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82.

¹²⁶ Si v. d.lgs. n. 50 del 2016, art. 52, c. VIII, nonché l'allegato XI, relativo ai requisiti relativi agli strumenti e ai dispositivi di ricezione elettronica delle offerte, delle domande di partecipazione, delle domande di qualificazione, nonché dei piani e progetti nei concorsi.

¹²⁷ d.p.c.m. 12 agosto 2021, n. 148, art. 2, c. II, in cui si demanda la definizione delle regole tecniche e delle linee guida dell'AgID, e art. 4.

offerte, l'applicazione di una formula matematica in relazione ad alcuni elementi di valutazione, la formazione della graduatoria, il calcolo della soglia di anomalia delle offerte) o mediante un'asta elettronica. In entrambi i casi benchè si possa fare riferimento a piattaforme telematiche di negoziazione¹²⁸ non significa che l'aggiudicazione sia totalmente automatizzata attraverso un processo informatizzato. Talvolta sono richiesti documenti cartacei, la validità dell'offerta è subordinata alla loro ricezione o le verbalizzazioni interne sono realizzate in modalità cartacea¹²⁹. In altri casi la valutazione delle offerte può essere effettuata in modo tradizionale e gli esiti dell'attività della commissione giudicatrice sono inclusi in un software o in un documento elettronico¹³⁰.

Sessioni d'asta digitali per consentire l'ottimizzazione dell'incontro tra domanda e offerta sono prefigurate nell'ordinamento giuridico italiano all'interno del PNRR¹³¹ e in corso di attuazione¹³².

L'utilizzo del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa¹³³ richiede l'individuazione (nei documenti di gara) di criteri di valutazione oggettivi, la cui ponderazione relativa possa essere realizzata mediante valori misurabili e consenta una distribuzione proporzionale dei punteggi nella scala di misurazione adottata (ad es. metri, giorni, pollici, kg). L'individuazione di criteri di valutazione oggettivi e modalità di distribuzione dei punteggi chiare e dettagliate nei documenti di gara costituisce essa stessa motivazione del punteggio numerico che verrà successivamente attribuito mediante strumenti elettronici consentendo di ricostruire il ragionamento logico seguito nell'attribuzione del punteggio¹³⁴. Benchè un intervento umano possa risultare oggi necessario (soprattutto in relazione a

¹²⁸ D.lgs. n. 50 del 2016, art. 58.

¹²⁹ Alcuni elementi di validità dell'offerta (quale la fidejussione presentata a titolo di garanzia provvisoria per la partecipazione alla procedura di gara) possono essere trasmesse in originale *ex d.p.r.* 28 dicembre 2000, n. 445, art. 18. Si v. Cons. St., V, 20 gennaio 2021, n. 623, in cui si considera legittima "la possibilità di gestire, anche solo in parte, in modalità c.d. off line, con verbalizzazione cartacea e successiva pubblicazione dei verbali in formato .pdf, procedure bandite secondo modalità telematiche".

¹³⁰ Direttiva UE 2014/24, art. 35 (5). J. PAVEL - E. SIČÁKOVÁ-BEBLAVÁ, *Do e-Auctions Really Improve the Efficiency of Public Procurement? The Case of the Slovak Municipalities*.

¹³¹ Cfr. il PNRR, cit., 70.

¹³² d.p.c.m. 12 agosto 2021, n. 148.

¹³³ O. S. PANTILIMON VODA, *Innovative and sustainable procurement: framework, constraints and policies*, op. cit., 222 e s.

¹³⁴ Cons. St., V, 29 luglio 2019, n. 5308, in cui si afferma che nella valutazione delle offerte, il punteggio numerico espresso sui singoli oggetti di valutazione opera alla stregua di una sufficiente motivazione quando l'apparato delle voci e sottovoci fornito dalla disciplina della procedura, con i relativi punteggi, è sufficientemente chiaro, analitico e articolato, sì da delimitare adeguatamente il giudizio della Commissione nell'ambito di un minimo e di un massimo, e da rendere con ciò comprensibile l'iter logico seguito in concreto nel valutare i singoli progetti in applicazione di puntuali criteri predeterminati, permettendo così di controllarne la logicità e la congruità, con la conseguenza che solo in difetto di questa condizione si rende necessaria una motivazione dei punteggi numerici. Cfr. anche: Cons. St., III, 1 giugno 2018, n. 3301; Cons. St., V, 3 aprile 2018, n. 2051; Cons. St., V, 20 marzo 2017, n.1228; T.A.R. Calabria, Catanzaro, II, 6 maggio 2020, n. 818, circa la legittimità del giudizio della commissione giudicatrice in forma numerica in presenza di criteri predeterminati all'interno della documentazione di gara. conformi: T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, Trieste, I, 7 gennaio 2020, n. 8; T.A.R. Puglia, Bari, I, 3 dicembre 2019, n. 1579, T.A.R. Lazio, Roma, III, 5 giugno 2019, n.7234, relative all'applicazione della metodologia del confronto a coppie.

beni/lavori/servizi a carattere innovativo)¹³⁵, gli strumenti giuridici oggi esistenti paiono prospettare una automazione della valutazione delle offerte anche in applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. L'utilizzo di algoritmi (che ponderino al loro interno i parametri individuati all'interno dei documenti di gara) può consentire l'automazione del procedimento¹³⁶.

Le formule matematiche possono essere utilizzate per valutare gli elementi delle offerte presentate interpolandoli all'interno di equazioni. Queste formule possono essere "indipendenti" o "interdipendenti". Le formule "indipendenti" non pongono in rapporto tra loro i valori delle offerte presentate. Le formule "interdipendenti" prendono in considerazione i valori contenuti nelle altre offerte presentate (es. la media di quanto contenuto nelle offerte presentate sul singolo elemento di valutazione o il miglior valore offerto su un elemento di valutazione, il miglior prezzo offerto).¹³⁷

L'individuazione della formula matematica per la valutazione delle offerte maggiormente idonea a rispondere alle esigenze della stazione appaltante è un aspetto chiave della strategia di acquisizione e della progettazione dei documenti di acquisizione. Tale attività, in quanto esercizio della discrezionalità tecnica dell'amministrazione pubblica volta a parametrare le modalità di valutazione degli elementi del progetto/del bene/della prestazione posti a gara, risulta quindi strettamente connesso all'oggetto del contratto ed al mercato di riferimento¹³⁸, contribuendo a definire la domanda pubblica¹³⁹ e le politiche di sviluppo che l'amministrazione pubbliche intende perseguire (direttamente o indirettamente)¹⁴⁰.

¹³⁵ d.p.c.m. 12 agosto 2021, n. 148, art. 21. Cons. St. parere n. 1940 del 26 novembre 2020, relativo allo *schema di decreto ministeriale recante le modalità di digitalizzazione delle procedure nei contratti pubblici*, ove, nel caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, si evidenzia la necessità che la sia la commissione giudicatrice a procedere alla valutazione delle offerte tecniche ed economiche e all'attribuzione dei rispettivi punteggi "potendosi demandare al sistema telematico unicamente lo svolgimento di compiti prettamente aritmetici", evitando che il sistema telematico si sostituisca alla commissione nell'esercizio del suo potere tecnico-discrezionale.

¹³⁶ Si v. la differenza con l'intelligenza artificiale (IA) richiamata nella nota n.ro 3. Se oggi è possibile una automazione con un apporto dell'uomo (in sede di definizione dell'algoritmo e nella verifica degli effetti prodotti), in futuro potrà essere preso in considerazione e valutato l'utilizzo di strumenti di IA che intervengano direttamente sull'algoritmo correggendolo sulla base delle caratteristiche soggettive ed oggettive che incidono sul mercato di riferimento che potranno essere conseguite mediante l'interoperabilità delle banche dati (ad es. il numero di operatori economici, i criteri di valutazione utilizzati, il range di punteggi attribuito ad ognuno di essi).

¹³⁷ F. DINI, R. PACINI, T. VALLETTI, *Scoring rules*, in N. Dimitri, G. Piga, G. Spagnolo (a cura di), *Handbook of Procurement*, Cambridge University Press, 2006, 304 *et seq.*

¹³⁸ A titolo esemplificativo: il numero di operatori economici, la localizzazione territoriale delle imprese, il livello di concorrenza tra gli operatori economici.

¹³⁹ F. DINI, N. DIMITRI, R. PACINI, T. VALLETTI, *Formule di Aggiudicazione nelle Gare per gli Acquisti Pubblici*, in *Quaderni Consip*, 2007; Sintel, *Formule di attribuzione del punteggio economico*, 2019, accessibile sul sito di [ARCA Lombardia](http://ARCA.Lombardia). Sull'illegittimità di formule matematiche che producono l'effetto di sterilizzare le differenze fatte registrare tra i ribassi offerti alterando il peso della componente prezzo nell'ambito dell'equilibrio complessivo con la componente tecnica: Cons. St., V, 10 aprile 2020, n. 2356. Si v. anche: Cons. St. V, 28 ottobre 2019, n. 7389. Sul contenuto discrezionale della scelta della amministrazione aggiudicatrice e sulla sua sindacabilità cfr. Cons. St., IV, 10 luglio 2020, n. 4413; Cons. St., V, 10 agosto 2016, n. 3579; Cons. St., V, 15 luglio 2013, n. 3802.

¹⁴⁰ Autorità Nazionale Anticorruzione, *Proposte di direttive europee in materia di appalti e concessioni - Audizione 28 gennaio 2014*, accessibile sul sito dell'A.N.A.C.; G. M. RACCA, *Le centrali di committenza nelle nuove strategie di aggregazione dei contratti pubblici*, in *Italiadecide - Rapporto 2015*, Il Mulino, Bologna, 2015, 489 e s.

L'uso di parametri misurabili all'interno di formule "indipendenti" favorisce la predeterminazione dei punteggi nella valutazione dell'offerta da parte degli operatori economici e può consentire, in un mercato caratterizzato da un limitato livello di concorrenza tra le imprese, comportamenti opportunistici (es. collusione tra operatori economici)¹⁴¹. La previsione di formule "interdipendenti" può invece comportare il rischio che alcune offerte vengano presentate al solo scopo di alterare il regolare svolgimento competitivo della procedura di gara (ad es. in relazione alla definizione della soglia di anomalia¹⁴²).

La formula ottimale, capace di tenere in considerazione tutti i criteri pertinenti e la loro ponderazione ottimale (determinata sulla base dei desiderata dell'amministrazione aggiudicatrice), è generalmente molto complessa¹⁴³. L'utilizzo di una delle metodologie multicriteri¹⁴⁴ richiede la conoscenza degli effetti prodotti dalle stesse per individuare quella maggiormente idonea a rispondere ai "desiderata" dell'amministrazione aggiudicatrice¹⁴⁵. Esistono numerosi metodi multicriteri e ognuno di questi è stato creato per rispondere a esigenze specifiche (spesso slegate dalle procedure di scelta del contraente e connesse ad esigenze tecniche). La scelta della metodologia da utilizzare nel caso di specie, benché non incida sulla legittimità del procedimento ma nell'efficienza dei risultati conseguite, deve essere effettuata in modo consapevole e con le conoscenze tecniche necessarie. In caso contrario, la procedura di scelta del contraente comporta il rischio di portare ad un esito legittimo ma casuale. La mancanza di competenze tecniche specifiche incide negativamente sulla scelta della metodologia maggiormente idonea a rispondere ai "desiderata" dell'amministrazione e non sulla legittimità del procedimento di scelta del contraente¹⁴⁶.

La definizione di una formula matematica vincola l'amministrazione limitando la possibilità, dopo la pubblicazione dei documenti di gara, di apportare alla stessa possibili correttivi dovuti a situazioni anomale o difficoltà pratiche che possono verificarsi¹⁴⁷.

¹⁴¹ Cons. St., V, 28 ottobre 2019, n. 7389, ove in riferimento al punteggio economico si afferma che anche questo "può essere graduato secondo criteri di proporzionalità o di progressività, a condizione che siano trasparenti ed intelleggibili; questi requisiti sono rispettati nella vicenda in esame in quanto la formula matematica "indipendente" adottata consentiva ad ogni concorrente di individuare ex ante il punteggio che sarebbe stato applicato alla propria offerta, a prescindere da quelle degli altri concorrenti, ed, ancora prima, di evincere il c.d. punto di flesso, oltre il quale l'offerta non è conveniente".

¹⁴² Cfr. a tale scopo le formule previste al d.lgs. n. 50 del 2016, art. 97, c. 2 e 2 bis.

¹⁴³ P. S. STILGER, *Formulas for Choosing the Most Economically Advantageous Tender - a Comparative Study*, 2011, nel sito dell'[Università di Utrecht](#). Per una analisi delle formule matematiche più comuni cfr. Consip S.p.A., *L'attribuzione del punteggio economico nelle gare all'offerta economicamente più vantaggiosa. Formule a confronto*, studio prodotto dall'Ufficio Studi di Consip a supporto della discussione del Tavolo Committenze-Imprese "Regolamentazione" di Patrimoni PA Net, 2011, accessibile in [ForumPA](#).

¹⁴⁴ ANAC, *Il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa*, 2011, accessibile sul sito dell'[A.N.A.C., 25 e s.](#)

¹⁴⁵ P. MIMOVIĆ – A. KRSTIĆ, *Application of Multi-Criteria Analysis in the Public Procurement Process Optimization*, in *Economic Themes*, 2016, 103 – 128.

¹⁴⁶ Il procedimento di scelta del contraente può risultare legittimo, ma l'utilizzo della metodologia prescelta può portare all'individuazione di un'offerta che non risponde nel modo migliore ai fabbisogni dell'amministrazione aggiudicatrice.

¹⁴⁷ Sulla possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di introdurre dei correttivi alle formule matematiche previste dal disciplinare di gara, quando si verificano difficoltà pratiche nella loro rigida applicazione e sui criteri di proporzionalità

A ciò si aggiunga che in alcuni casi la formula matematica viene utilizzata esclusivamente per tradurre i punteggi assegnati dalla commissione giudicatrice in una graduatoria. In tale contesto pur non venendo in discussione la legittimità della formula stessa, si pone il profilo della soggettività dei punteggi attribuiti dai componenti della commissione. In tali casi, la valutazione svolta può comportare un impatto discrezionale e le formule matematiche paiono utilizzate per dare una parvenza di obiettività a una valutazione soggettiva.

La complessità delle metodologie matematiche che possono essere utilizzate richiede anche una conoscenza accurata degli effetti prodotti al fine di garantire la corrispondenza della soluzione che verrà individuata rispetto ai fabbisogni della pubblica amministrazione¹⁴⁸. L'*e-award* sembra particolarmente adatto per le amministrazioni aggiudicatrici qualificate e capaci di gestire in maniera corretta ed efficiente i mezzi elettronici quali possono essere le centrali di committenza che hanno nell'attività di centralizzazione delle committenze il proprio fine istituzionale¹⁴⁹. Una firma elettronica può identificare l'offerente nella fase di gara per la conclusione dell'accordo quadro e, per la firma del contratto di appalto specifico in caso di riapertura della concorrenza. In tale fase lo stesso catalogo elettronico potrebbe essere lo strumento su cui svolgere gli eventuali confronti delle specifiche tecniche e delle condizioni contrattuali previste da differenti contratti.

4. Gli strumenti di e-procurement per gli acquisti pubblici: l'asta elettronica ed i cataloghi elettronici

L'asta elettronica (*reverse electronic auction* o *eAuction*) ed i cataloghi elettronici non sono procedure di scelta del contraente autonome ma strumenti di acquisizione emersi a seguito dei progressi della tecnologia informatica.

L'asta elettronica è un processo elettronico¹⁵⁰ che consente la presentazione di nuovi prezzi (rivisti al ribasso) e / o nuovi valori relativi agli elementi di valutazione delle offerte dopo una valutazione iniziale delle offerte realizzata sulla base del criterio di aggiudicazione individuato e degli elementi di valutazione

e di ragionevolezza quali limiti a tale attività: Cons. St., V, 9 aprile 2010, n. 2004; TAR Puglia, Bari, I, 23 febbraio 2012, n. 378.

¹⁴⁸ J. ASKER - E. CANTILLON, *Optimal Procurement when both Price and Quality Matter*, 2005, CEPR Discussion Paper 5276.

¹⁴⁹ Le centrali di committenza potrebbero concludere accordi quadro elettronicamente mediante l'uso di un catalogo elettronico per la presentazione delle offerte. Si v. il PNRR, individua nelle centrali di committenza qualificate, negli strumenti contrattuali avanzati e nell'*e-Procurement* tre fattori principali per la ripresa. Cfr. le prime misure attuative di cui al d.l. 31 maggio 2021, n. 77, artt. 51/53, conv. con l. 29 luglio 2021, n. 108.

¹⁵⁰ Direttiva UE 2014/24, art. 35, par. I(2). Il ricorso all'asta elettronica è consentito nell'ambito di procedure aperte, ristrette o competitive con negoziazione (par. II) o nelle procedure negoziate precedute da un'indizione di gara (tale riferimento previsto dalla disciplina nazionale pare rivolto ai casi di utilizzo della procedura negoziata mediante la richiesta di più preventivi come previsto in alcuni casi per le procedure di importo inferiore alle soglie di rilevanza UE, v. d.lgs. n. 50 del 2016, art. 56, c. II).

previsti nei documenti di gara. Questo strumento implica un processo che di solito è vietato in una procedura aperta o ristretta, vale a dire la negoziazione con gli offerenti durante la fase di valutazione¹⁵¹. Tutti gli offerenti che hanno presentato un'offerta ritenuta ammissibile¹⁵² “sono invitati simultaneamente, per via elettronica, a partecipare all'asta elettronica”¹⁵³ hanno la possibilità di venire a conoscenza di come la propria offerta iniziale è stata valutata e di informazioni aggiuntive durante le successive fasi.

L'invito indica le modalità di connessione all'asta, la data e l'ora di inizio, la formula matematica utilizzata per la riclassificazione delle offerte¹⁵⁴ unitamente al risultato della iniziale “valutazione completa dell'offerta”¹⁵⁵.

Attività preliminare che deve essere comunemente compiuta dagli offerenti/candidati è la registrazione sul sistema utilizzato dalla stazione appaltante. La previsione di un limite temporale per tale attività è una peculiarità della procedura telematica rispetto ad una cartacea ed è volta ad evidenziare l'importanza dei tempi nell'espletamento delle procedure. Se la procedura telematica ha il vantaggio di ridurre costi per l'offerente/candidato, nonché oneri amministrativi, archiviazione ed elaborazione, per la stazione appaltante, comporta un “rischio di rete” dovuto alla presenza di sovraccarichi o di cali di performance della rete, ed un “rischio tecnologico” dovuto alle caratteristiche dei sistemi operativi *software* utilizzati dagli operatori¹⁵⁶. Per prevenire tali rischi sono comunemente previste limitazioni temporali e procedure

¹⁵¹ La valutazione elettronica dell'offerta, a prescindere dal criterio di aggiudicazione utilizzato, può svolgersi mediante Aste elettroniche che può essere utilizzato in relazione a procedure aperte o ristrette o in diversi tipi di accordi quadro. e sistemi dinamici di acquisto, come già previsto dalla direttiva del 2004 sugli appalti pubblici. L. FOLLIOT-LALLIOT, *The French Approach to Regulating Frameworks under the New EC Directives*, in S. Arrowsmith (a cura di) *Reform of the UNCITRAL model law on procurement*, Thomas Reuters/West, Danvers, 2009, 198 sulla disciplina francese in materia di accordi quadro.

¹⁵² D.lgs. n. 50 del 2016, art. 56, c. VI.

¹⁵³ D.lgs. n. 50 del 2016, art. 56, c. XI.

¹⁵⁴ Le eventuali forcelle devono essere precedentemente espresse con un valore determinato. Nel caso in cui si ricorra al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tale formula integra la ponderazione di tutti i criteri individuati nel bando di gara o in altri documenti di gara. Il disciplinare può altresì prevedere la presentazione di varianti, in tale circostanza per ciascuna variante deve essere fornita una formula separata al fine di rendere chiare fin dall'origine le modalità di valutazione delle offerte presentate.

¹⁵⁵ Tra la data di invio dell'invito e l'inizio dell'asta deve decorrere un termine minimo di due giorni, si v. il contenuto dei c. XI e XII del d.lgs. n. 50 del 2016, art. 56.

¹⁵⁶ Cons. St., V, 16 marzo 2021, n. 2261, in cui si ritiene illegittima l'esclusione da una procedura dalla gara di un concorrente che abbia curato il caricamento della documentazione di gara sulla piattaforma telematica entro l'orario fissato per tale operazione, ma non sia riuscito a finalizzare l'invio a causa di un malfunzionamento del sistema, imputabile al gestore; Cons. St., III, 24 novembre 2020, n. 7352, in cui nel considerare legittima l'esclusione dalla gara telematica di un concorrente che abbia inviato la domanda oltre il limite orario fissato dal bando, ove risulti dimostrato, dall'esame dei “file log”, che la piattaforma telematica prescelta dall'amministrazione per la gestione telematica della procedura non ha generato anomalie o malfunzionamenti, si considerano a carico del partecipante che non abbia iniziato con congruo anticipo la procedura di upload dell'offerta il rischio della lentezza della linea internet. Cfr. anche: Cons. St., V, n. 7922 del 2019 e Cons. St., III, n. 86 del 2020 e n. 4811 del 2020 in cui si afferma che “non può essere escluso dalla gara un concorrente che abbia curato il caricamento della documentazione di gara sulla piattaforma telematica entro l'orario fissato per tale operazione, ma non è riuscito a finalizzare l'invio a causa di un malfunzionamento del sistema, imputabile al gestore”. Cons. St., III, n. 86 del 2020 in cui parallelamente il Collegio ritiene che “se rimane impossibile stabilire con certezza se vi sia stato un errore da parte del trasmittente o, piuttosto, la trasmissione sia stata danneggiata per un vizio del sistema, il pregiudizio ricade sull'ente che ha bandito, organizzato e gestito la gara”. In dottrina: M. BOMBARDELLI, *Amministrazione digitale - partecipazione alle procedure telematiche e funzionamento della piattaforma digitale*, in *Giur.*

di *help desk*. L'efficacia di tali strumenti si affievolisce con l'avvicinarsi degli inderogabili termini decadenziali per la presentazione della domanda e che comportano una responsabilità dell'offerente / candidato¹⁵⁷ che deve essere distinta dai malfunzionamenti del sistema imputabili al gestore del medesimo¹⁵⁸.

L'asta elettronica può svolgersi in più fasi successive. Nel corso di ogni fase dell'asta elettronica, le stazioni appaltanti comunicano in tempo reale a tutti gli offerenti almeno le informazioni che consentono loro di conoscere in ogni momento la rispettiva classificazione. Le stazioni appaltanti possono, purché previsto nei documenti di gara, comunicare altre informazioni riguardanti altri prezzi o valori presentati ed il numero di partecipanti alla fase specifica dell'asta.

L'utilizzo generalizzato dei mezzi elettronici potrebbe rendere più efficiente la scelta del contraente anche per importi contrattuali limitati e consente una rilettura del principio di trasparenza potendo garantire una completa tracciabilità dell'attività realizzata da ogni offerente/candidato e dalla stessa stazione appaltante¹⁵⁹. Le attività e le operazioni effettuate nell'ambito del sistema informatico di negoziazione sono tracciate e attribuite ai soggetti abilitati attraverso i sistemi di autenticazione informatica previsti dalla stazione appaltante¹⁶⁰, e si intendono compiute nell'ora e nel giorno risultanti dalle registrazioni di sistema¹⁶¹. La certezza del momento in cui sono effettuate le registrazioni è data dalla necessità di utilizzare un sistema sincronizzato sull'ora italiana¹⁶² che appone una marcatura temporale ai documenti.

La possibilità di tracciare l'intero procedimento favorisce il rispetto dei principi previsti dall'ordinamento europeo e nazionale in materia di contratti pubblici e può ridurre le tempistiche del procedimento di scelta del contraente. La rilevanza di profili procedurali quali lo svolgimento in seduta pubblica dell'apertura dei plichi è data dal fatto che l'adempimento è volto a consentire, oltre che un controllo su eventuali manomissioni delle offerte, che "il materiale documentario trovi correttamente ingresso nella procedura, giacché la pubblicità delle sedute risponde all'esigenza di tutela non solo della parità di

It., 2021, 1441; L. CIONI, *E-procurement: cosa succede in caso di malfunzionamento del sistema informatico?*, in *Urb. e app.*, 2020, 805.

¹⁵⁷ Cons. St., III, 3 luglio 2017, n. 3245. I rischi indicati nel testo costituiscono un'alea, che se attenuabile non è eliminabile in senso assoluto. La giurisprudenza individua un principio di autoresponsabilità dell'utente imponendogli un onere di pronta e tempestiva attivazione delle procedure, sì da capitalizzare il tempo residuo. Per cui il concorrente che si riduce all'ultimo ad espletare le operazioni tecniche e che incorre in problemi tecnologici del portale che non gli consentono di caricare l'offerta in tempo non è legittimato a richiedere la rimessione in termini e la riapertura degli stessi.

¹⁵⁸ L'amministrazione è tenuta a comunicare nella documentazione di gara le modalità di connessione richieste per accedere all'asta nella data e all'ora indicate.

¹⁵⁹ Cfr. oggi quanto modificato dal d.l. 31 maggio 2021, n. 77, art. 53, c. V, lett. a), conv. con l. 29 luglio 2021, n. 108, circa i contenuti del principio di trasparenza in materia di contratti pubblici (d.lgs. n. 50 del 2016, art. 29).

¹⁶⁰ D.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, art. 1, c. I, lett. b); d.p.c.m. 12 agosto 2021, n. 148, art. 6.

¹⁶¹ Le registrazioni di sistema sono effettuate, conservate ed archiviate in conformità di quanto previsto al d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, art. 43; d.p.c.m. 12 agosto 2021, n. 148, art. 5.

¹⁶² Il riferimento è dato dalla scala di tempo UTC (IEN) di cui al decreto del Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato 30 novembre 1993, n. 591.

trattamento dei concorrenti ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza e all'imparzialità dell'azione amministrativa¹⁶³. L'utilizzo di processi elettronici per la presentazione delle offerte e lo svolgimento della procedura di gara rende le sedute pubbliche per l'apertura delle offerte un adempimento parzialmente superato¹⁶⁴.

Se non spetta all'offerente/candidato provare che il mancato rispetto del principio di trasparenza abbia in concreto prodotto una manipolazione indebita della documentazione nella disponibilità della commissione di gara è anche vero che l'utilizzo di mezzi elettronici e la tracciabilità delle attività, garantisce intrinsecamente l'integrità della documentazione trasmessa alla stazione appaltante, consentendo di verificare la documentazione originariamente prodotta, le eventuali modifiche/manipolazioni apportate alla stessa (individuando anche i soggetti che hanno realizzato tale attività) potendo successivamente verificare il comportamento tenuto dall'amministrazione pubblica¹⁶⁵. La procedura di marcatura temporale deve essere intesa quale attribuzione di un protocollo informatico univoco all'offerta economica, al fine di sigillarne e cristallizzarne i contenuti nelle more del suo caricamento o "*upload*" nel sistema della stazione appaltante¹⁶⁶. Tale strumento intende evitare che un offerente/candidato predisponga una pluralità di offerte economiche, firmandole digitalmente ed apponendo, così, una marcatura temporale a ciascuna di esse, senza, però, inserire nella piattaforma della stazione appaltante – al momento del caricamento della documentazione amministrativa e dell'offerta tecnica – l'esatto numero seriale di alcuna delle offerte predisposte e proceda, solo in un secondo

¹⁶³ Cons. St., V, 20 luglio 2016, n. 3266, in cui il Collegio ha respinto l'appello proposto dalla regione Calabria, dando assoluto rilievo alle operazioni da compiersi preliminarmente in seduta pubblica in considerazione "della portata fondamentale del principio di trasparenza in materia di contratti pubblici". Sulle modalità di svolgimento delle sedute pubbliche si v. d.p.c.m. 12 agosto 2021, n. 148, art. 18.

¹⁶⁴ Cons. St., V, 1° marzo 2021, n. 1700, ove, in relazione ad una gara svolta in modalità telematica, si afferma che non sussiste l'obbligo di apertura in seduta pubblica delle buste contenenti tanto la documentazione amministrativa che le offerte, tecniche ed economiche, "atteso che con il caricamento della documentazione su piattaforma informatica messa a disposizione dei concorrenti è possibile tracciare in maniera incontrovertibile tutti i flussi"; Cons. St., III, 20 gennaio 2021, n. 627; Cons. St., III, 5 dicembre 2019, n. 8333. Sulla sicurezza circa la conservazione dell'integrità degli atti realizzata dai processi online si v. anche: Cons. St., III, 13 dicembre 2018, n. 7039; Cons. St., III, 15 novembre 2016, n. 4990; Cons. St., III, 3 ottobre 2016, n. 4050; Cons. St., V, 29 ottobre 2014, n. 5377.

¹⁶⁵ Se il Consiglio di Stato con la sentenza del 20 luglio 2016, n. 3266 pare intendere il rispetto del principio di trasparenza come valore autonomo e inderogabile (anche in presenza di strumenti volti a garantire un controllo ed un monitoraggio sull'intera procedura di scelta del contraente), la semplificazione che può essere apportata dall'utilizzo di strumenti elettronici non dovrebbe subire aggravii procedurali, soprattutto considerando come la tecnologia e l'ordinamento giuridico prevedono strumenti e istituti volti a garantire il controllo generalizzato sull'attività della pubblica amministrazione (es. l'accesso civico generalizzato). Tale pronuncia deve essere posta in rapporto con la giurisprudenza maggioritaria che riteneva la tracciabilità del procedimento come una garanzia sufficiente per limitare lo svolgimento di una autonoma seduta pubblica per la mera apertura dei plichi (si rammenta che il codice dei contratti del 2006 lasciava espressamente alla stazione appaltante la scelta sullo svolgimento della seduta in modalità pubblica o riservata). Cfr. Cons. St., V, 21 novembre 2017, n. 5388; Cons. St. III, 25 novembre 2016, n. 4990; Cons. St., V, 5 dicembre 2014, n. 6018; Cons. St., V, 29 ottobre 2014, n. 5377; TAR Piemonte, Torino, I, 4 febbraio 2020, n. 99, TAR Emilia Romagna, Parma, II, 20 dicembre 2017, n. 874.

¹⁶⁶ Cons. St., III, 26 marzo 2021, n. 2581, in cui si ribadisce il concetto di intangibilità dell'offerta.

momento, a caricare l'offerta economica sulla piattaforma scegliendo quella che meglio consente il perseguimento dei fini voluti¹⁶⁷.

Effettuato il caricamento dell'offerta, il sistema informativo della stazione appaltante traccia infine l'attività svolta dagli offerenti/candidati e dalla stessa stazione appaltante consentendo un monitoraggio completo a garanzia dell'invulnerabilità, immodificabilità ed univocità delle offerte e correttezza del comportamento tenuto dall'amministrazione pubblica. A differenza delle procedure di scelta del contraente svolte in maniera "tradizionale", sono presenti aspetti procedurali volti a limitare il dialogo tra gli offerenti/candidati per evitare rischi di alterazione del confronto concorrenziale. All'interno delle fasi dell'asta elettronica, in nessun caso, può essere resa nota l'identità degli altri offerenti. Qualora gli offerenti potessero comunicare tra loro nel corso dell'asta elettronica sussisterebbe la possibilità di accordi collusivi¹⁶⁸. Nell'asta elettronica, una maggiore riservatezza e semplificazione (in sede di gara), pare infatti bilanciata dalla possibilità di tracciare i documenti presentati e garantire la loro conservazione in maniera completa (originalità dei documenti presentati garantita dalla marcatura temporale della loro trasmissione¹⁶⁹) consentendo di sindacare la loro validità e integrità anche in un momento successivo. Tale impostazione pare avvalorata dalle pronunce che riconoscono la legittimità dell'asta elettronica anche ove l'apertura dei plichi è avvenuta "ad un orario diverso rispetto a quello della convocazione"¹⁷⁰ o "contemporaneamente all'apertura della busta contenente la documentazione amministrativa"¹⁷¹.

L'uso di mezzi elettronici evita i rischi di errore nei dati forniti all'interno dell'offerta (ad esempio fornendo un intervallo misurabile - metro, tempo, peso - senza la possibilità di inserire dati al di fuori del

¹⁶⁷ Cons. St., III, 28 luglio 2020, n. 4795. "In difetto dell'esatta indicazione del numero seriale di marcatura temporale, l'offerta economica del concorrente risulti affetta da un vizio radicale, non essendo la stessa neppure univocamente identificabile, con il che è da escludere anche la violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, dovendo rinvenirsi la norma di legge che in ipotesi del genere impone l'esclusione del concorrente nell'art. 83, comma 9, del Codice, lì dove prevede l'impossibilità del soccorso istruttorio per sanare le irregolarità essenziali dell'offerta economica (cfr., *ex multis*, Cons. St., V, 27 gennaio 2020 n. 680; Sez. VI, 9 aprile 2019, n. 2344; C.G.A.R.S., Sez. Giur., 5 novembre 2018, n. 701); e nel caso in esame ci si trova certamente dinanzi ad un'irregolarità essenziale dell'offerta economica, poiché essa è tale da non consentire neppure di identificare l'offerta medesima. Trattandosi di vizio dell'offerta economica, per esso l'art. 83, comma 9, del Codice non consente l'esperimento del soccorso istruttorio, cosicché anche la doglianza di difetto di istruttoria, per la mancata concessione alla ditta della possibilità di "regolarizzare" il numero seriale in un momento anteriore all'apertura delle buste, è priva di fondamento".

¹⁶⁸ T.A.R. Lazio, Roma, I, 14 febbraio 2014, n. 1835.

¹⁶⁹ Cons. St., V, 24 giugno 2020, n. 4031; Cons. St., III, 3 ottobre 2016, n. 4050, in cui il Collegio chiarisce, in riferimento alla marcatura temporale, che "la conservazione dell'offerta è affidata allo stesso concorrente, che la custodisce all'interno della memoria del proprio personal computer nella fase che intercorre tra il termine di presentazione e la procedura di upload. La identità del numero seriale della marcatura temporale inserita all'atto della presentazione dell'offerta e quella apposta sull'offerta nella fase di upload costituisce un adempimento essenziale al fine di garantire che l'offerta non sia stata modificata o sostituita in data successiva al termine ultimo perentorio di presentazione delle offerte". TAR Veneto, III, 13 marzo 2018, n. 370.

¹⁷⁰ T.A.R. Molise, Campobasso, 10 luglio 2019, n. 239.

¹⁷¹ T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, I, 19 gennaio 2019, n. 54, pronuncia riferita ad una gara svolta mediante procedura telematica.

divario fornito) consentendo un monitoraggio sulla corrispondenza tra quanto offerto e quanto reso in fase di esecuzione del contratto.

Una questione interessante riguarda la possibilità (per gli offerenti / candidati) di contestare o segnalare anomalie sugli sconti effettuati durante l'asta elettronica mediante gli stessi strumenti di *eNotification* utilizzati dall'amministrazione aggiudicatrice. Nello stesso modo può essere svolto l'eventuale soccorso istruttorio per carenze formali dell'offerta¹⁷².

Per ciò che concerne la valutazione dell'offerta differenti scelte possono essere adottate sulla base del criterio di aggiudicazione utilizzato¹⁷³.

Quando il criterio di aggiudicazione è individuato nel prezzo più basso, le amministrazioni aggiudicatrici avranno nell'elemento prezzo l'unico parametro quantitativo che differenzia le offerte presentate¹⁷⁴.

Nel caso in cui si ricorra al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è necessario distinguere le specifiche tecniche (di cui invece ne deve essere verificata la sussistenza) dagli elementi di valutazione (specificati nei documenti di gara, unitamente alla loro ponderazione relativa)¹⁷⁵. In questa seconda situazione, l'amministrazione aggiudicatrice deve esprimere il peso relativo (ritenuto appropriato per ogni elemento) utilizzando un intervallo compreso tra i punteggi minimo e massimo o fornendo un intervallo appropriato¹⁷⁶. L'implementazione di tali criteri in un sistema elettronico di valutazione richiede la definizione di elementi qualitativi oggettivamente misurabili in grado di accogliere un punteggio automatico in caso di modifiche rilevanti o miglioramento delle proposte. Per questa motivazione non possono essere oggetto di aste elettroniche gli appalti di servizi e di lavori che hanno per oggetto prestazioni intellettuali che non possono essere classificati in base ad un trattamento automatico¹⁷⁷.

Una delle principali sfide nell'implementazione dei sistemi di aste elettroniche consiste nel renderle interoperabili con le piattaforme elettroniche di gara¹⁷⁸. In questo modo è possibile tracciare l'intera procedura di scelta del contraente e la relativa documentazione. Queste caratteristiche rendono le aste elettroniche particolarmente adatte nell'ambito di sistemi dinamici di acquisto.

¹⁷² Cons. St., V, 31 agosto 2021, n. 6132, Il Collegio afferma che in assenza di una previsione della *lex specialis* che riconduca espressamente la richiesta introduttiva del soccorso istruttorio tra le comunicazioni effettuabili mediante la piattaforma informatica, detta richiesta deve essere effettuata via pec, perché tale è il sistema di invio di comunicazioni con valore legale (*ex art. 1, lett. v-bis, del d.lgs. n. 82 del 2005. d.p.c.m. 12 agosto 2021, n. 148, art. 19, c. III.*

¹⁷³ d.p.c.m. 12 agosto 2021, n. 148, artt. 21 e 22.

¹⁷⁴ Direttiva CE 2004/18, art. 53(1)(b).

¹⁷⁵ Per esempio, qualità, prezzo, pregio tecnico, caratteristiche estetiche e funzionali, caratteristiche ambientali, costi di gestione, economicità, servizio post vendita e assistenza tecnica, data di consegna e termine di consegna o periodo di completamento. Cfr.: F. DINI, R. PACINI, T. VALLETTI, *Scoring rules, op. cit., 294 et seq.*

¹⁷⁶ Quando non è possibile dimostrare i punteggi ponderati, un'amministrazione aggiudicatrice può fornire i criteri in ordine decrescente di importanza nei documenti di contratto.

¹⁷⁷ D.lgs. n. 50 del 2016, art. 56, come a titolo esemplificativo la progettazione di lavori.

¹⁷⁸ Commissione UE, *Use e-auction for small, standardised purchases.*

I cataloghi elettronici (*eCatalogues*) costituiscono un “formato per la presentazione e organizzazione delle informazioni in un modo comune per tutti gli offerenti e che si presta al trattamento elettronico”¹⁷⁹, il cui utilizzo può risultare particolarmente efficiente per la presentazione di offerte (o anche solo parti) nell’ambito di accordi quadro o di un sistema dinamico di acquisizione¹⁸⁰.

I cataloghi elettronici devono essere compilati (dagli operatori economici) conformemente alle specifiche tecniche e al formato stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice¹⁸¹.

La previsione di scadenze temporali, durante le quali i fornitori (ad es. quelli già abilitati nell’ambito di un sistema dinamico di acquisizione) possono aggiornare i loro cataloghi elettronici garantisce parità di trattamento e trasparenza per tutti gli operatori economici (garantendo la riservatezza del loro contenuto fino al termine per la loro presentazione)¹⁸².

Nella loro forma più semplice, i cataloghi elettronici sono semplicemente versioni elettroniche dei cataloghi cartacei tradizionali che riportano le caratteristiche dei beni o servizi offerti da un operatore economico¹⁸³.

In un accordo quadro multi-fornitore, si può ricorrere a due metodi alternativi per individuare l'aggiudicatario di un contratto specifico: invitando gli offerenti/candidati a ripresentare i loro cataloghi elettronici (adattandoli alle esigenze del contratto specifico) o comunicando agli offerenti/candidati che si intende avvalersi delle informazioni raccolte dai cataloghi elettronici già presentati per costituire offerte adeguate ai requisiti del contratto specifico di appalto¹⁸⁴. Le stesse possibilità sono fornite per l'utilizzo di cataloghi aggiornati nel contesto di sistemi dinamici di acquisizione.¹⁸⁵

¹⁷⁹ Direttiva UE 2014/24, considerando n. 68. Si veda anche il considerando No. 55 relativo all’interoperabilità.

¹⁸⁰ I. GALLEGÓ CÓRCOLES, *Electronic catalogues under Directive 2014/24: simplifying procedures and increasing efficiency*, in PPLR, 2018, 109-119. Un esempio di utilizzo può avere ad oggetto un accordo quadro da concludere con uno o più operatori economici, gestito utilizzando il catalogo elettronico, istituito durante la procedura di scelta del contraente, proposto dagli offerenti/candidati risultati aggiudicatari. Il catalogo elettronico contiene la descrizione dei prodotti e i prezzi in un modo prestabilito e strutturato. Ove l'accordo quadro definisca già le condizioni contrattuali, gli aggiudicatari e l'amministrazione aggiudicatrice potrebbero procedere alla conclusione dei contratti di appalto specifico mediante la richiesta/ordinativo.

¹⁸¹ I cataloghi elettronici possono essere personalizzati sulla base delle specifiche della singola procedura di scelta del contraente. I documenti di gara devono indicare le informazioni necessarie sul formato, sull'apparecchiatura elettronica utilizzata e sulle disposizioni e specifiche tecniche di connessione per il catalogo elettronico. Cfr. Direttiva UE 2014/24, art. 36(2). Sul tema dell’interoperabilità cfr. anche Direttiva UE 2014/24, art. 22(7).

¹⁸² European Dynamics, *Electronic Catalogues in Electronic Public Procurement*, "Functional Requirements", 2007, 39.

¹⁸³ Da un punto di vista tecnico, potrebbero assumere qualsiasi formato (e.g. in PDF or MS Word format).

¹⁸⁴ Tale seconda possibilità deve essere tuttavia indicata negli originari documenti di gara volti alla conclusione dell'accordo quadro. Si v. Direttiva UE 2014/24, art. 36(4).

¹⁸⁵ Direttiva UE 2014/24, art. 36(6). In relazione agli accordi quadro cfr.: G. L. ALBANO - C. NICHOLAS, *The Law and Economics of Framework Agreements*, Cambridge University Press, 2016; R. CANAVAN, *Public Procurement and frameworks*, in C. H. Bovis (a cura di), *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, Edward Elgar, 2016, 119 e s.; M. BOWSER – L. E. JOHN, *The use (and abuse?) of framework agreements in the United Kingdom*, in R. Hernandez Garcia (a cura di) *International Public Procurement. A guide to best practice*, Londra, 2009, 349.

Indipendentemente dal tipo di procedura di aggiudicazione utilizzata da un'amministrazione aggiudicatrice, l'uso di cataloghi elettronici di per sé non sembra comportare rischi significativi di distorsioni della concorrenza, oltre all'eventuale imposizione di soluzioni IT estremamente impegnative o non compatibili con i sistemi comunemente utilizzati (ostacolando la partecipazione delle PMI). Tuttavia, tale rischio può essere mitigato in base al requisito secondo cui i dispositivi utilizzati devono essere "non discriminatori, generalmente disponibili e interoperabili con le ICT di uso comune e non devono limitare l'accesso degli operatori economici alla procedura di scelta del contraente".¹⁸⁶

5. Il sistema dinamico di acquisizione: prospettive future della digitalizzazione nei contratti pubblici

Nell'ambito della procedura di scelta del contraente, le caratteristiche del sistema dinamico di acquisizione - SDA favoriscono un utilizzo generalizzato dei mezzi elettronici accompagnando la transizione all'utilizzo generalizzato di questi strumenti. Il SDA si presta a diventare uno strumento in grado di bilanciare efficienza e integrità negli appalti pubblici garantendo la raccolta di informazioni sulla domanda pubblica e sui mercati di riferimento.

Le direttive del 2004 sugli appalti pubblici avevano introdotto il SDA quale meccanismo per gli acquisti standardizzati e ripetitivi¹⁸⁷. Le stazioni appaltanti potevano definire, utilizzando mezzi elettronici, un elenco di fornitori interessati a fornire determinate forniture o servizi standard. Tuttavia, l'incertezza sull'uso dei mezzi elettronici (soprattutto a livello transfrontaliero) e la complessità del processo hanno scoraggiato il suo uso a livello europeo¹⁸⁸. Il *Crown Commercial Service* (UK) aveva infatti concluso che "regole procedurali imperfette e inutilmente onerose" hanno dissuaso molti professionisti dall'implementare SDA¹⁸⁹.

Alcune di questi profili procedurali sono stati affrontati dalle direttive UE del 2014 al fine di incoraggiarne l'uso¹⁹⁰.

¹⁸⁶ Direttiva UE 2014/24, art. 22, par. I.

¹⁸⁷ Direttiva CE 2004/18, art. 33; Direttiva CE 2004/17, art. 15. Cfr. S. ARROWSMITH, *Dynamic Purchasing Systems Under the New EC Procurement Directives— A Not So Dynamic Concept?*, in *PPLR*, 2006, 16. Cfr. T.A.R. Toscana, Firenze, III, 28 marzo 2020, n. 371, in cui è stata riconosciuta la possibilità di ricorrere al SDA anche ai fini dell'affidamento dei servizi non standardizzati di assistenza alla persona (nel caso di specie si riconosceva alla stazione appaltante la facoltà di escludere la possibilità del ricorso al subappalto).

¹⁸⁸ S. ARROWSMITH, *The past and future evolution of EC procurement law: from framework to common code?*, in *Public Contract Law Journal*, 2006, 337 *et seq.* Cfr. anche PWC/Ecorys, *Public procurement in Europe Cost and effectiveness*, 53.

¹⁸⁹ United Kingdom risposte alla consultazione della Commissione UE al *Libro Verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti.*

¹⁹⁰ Direttiva UE 2014/24, art. 34, par. I. C. RISVIG HAMER, *Regular purchases and aggregated procurement: the changes in the new Public Procurement Directive regarding framework agreements, dynamic purchasing systems and central purchasing bodies*, in *PPLR*, 2014, 201-210.

Il SDA è una tecnica di acquisto che consente di disporre di un numero ampio di offerte contribuendo a favorire una concorrenza per approvvigionamenti di servizi, forniture e, in determinate circostanze, anche lavori generalmente disponibili sul mercato¹⁹¹. Questo strumento può essere strutturato in maniera simile ad un accordo quadro senza condizioni contrattuali già definite e gestito mediante mezzi elettronici¹⁹² a cui gli operatori economici possono aderire in qualsiasi momento offrendo componenti o prestazioni migliorative¹⁹³. Questa caratteristica del sistema consente di superare i problemi legati alla possibile collusione tra gli operatori economici aggiudicatari dell'accordo quadro, garantendo la possibilità per nuovi operatori economici di entrare nel SDA anche dopo la sua istituzione. L'utilizzo di mezzi elettronici favorisce la trasparenza e consente di monitorare la procedura di conclusione dell'accordo quadro e l'aggiudicazione dei contratti di appalto specifico. Le previsioni attualmente esistenti sono sovente limitate dal carattere facoltativo del loro utilizzo¹⁹⁴.

Il periodo di validità è indicato nel bando di gara di un SDA. La possibilità (per gli operatori economici) di essere ammessi in qualsiasi momento durante l'intero periodo di validità di un SDA è il motivo per cui le direttive UE non prevedono una durata massima. Il bando di gara di un SDA indica le apparecchiature elettroniche per il SDA, inclusi gli accordi tecnici di connessione.

Un SDA è gestito in due diverse fasi. Secondo la procedura ristretta¹⁹⁵, il primo passo è la valutazione dei criteri di selezione (richiesti nel bando di gara) per l'ammissione al SDA, che include l'obbligo per gli Stati membri di "rendere disponibile e aggiornato" in eCertis un elenco completo di banche dati contenenti DGUE informazioni pertinenti relative agli operatori economici¹⁹⁶. I requisiti di partecipazione devono perdurare per tutto il periodo di validità del SDA e degli appalti specifici eventualmente aggiudicati¹⁹⁷. I

¹⁹¹ T.A.R. Lazio, Roma, I, 1 aprile 2019, n. 4244, sulla base del principio per cui l'interesse a ricorrere presuppone una lesione in atto a una posizione giuridica tutelata dall'ordinamento ad opera dell'atto impugnato, tale per cui l'accoglimento della domanda di annullamento possa comportare una qualche utilità al ricorrente. Sicché non risulta sindacabile la scelta dell'amministrazione di ricorrere al sistema dinamico di acquisizione, unitamente al criterio del prezzo più basso, anche ove si contesti che tali scelte abbiano in concreto ridotto le chances di aggiudicazione della gara.

¹⁹² G. L. ALBANO - C. NICHOLAS, *The Law and Economics of Framework Agreements*, Cambridge University Press, 2016.

¹⁹³ T.A.R. Toscana, Firenze, III, 20 febbraio 2020, n. 224, in cui in una gara ad evidenza pubblica per l'acquisto di un ecotomografo, svolta con sistema dinamico di acquisizione, il prodotto proposto dall'aggiudicataria prevedeva funzioni aggiuntive, ultronee rispetto alle esigenze al cui soddisfacimento era preordinata la gara. Il Collegio riteneva che tale circostanza non inficiasse la validità dell'offerta tecnica in ragione del fatto che le funzionalità aggiuntive non tolgono nulla alle altre funzioni che esaudiscono le richieste espresse dalla Stazione appaltante nella *lex specialis* di gara; "il fatto che alcune funzionalità siano inutili per gli interessi della Stazione appaltante non toglie, infatti, nulla all'utilità delle altre opzioni comprese nell'offerta dell'aggiudicataria".

¹⁹⁴ Ad esempio si pensi a quanto già avviene mediante il TED e quanto è previsto in relazione all'utilizzo di e-Certis in relazione allo scambio di certificati e altri documenti probatori richiesti dalle amministrazioni aggiudicatrici.

¹⁹⁵ Direttiva UE 2014/24, art. 34, par. II.

¹⁹⁶ Direttiva UE 2014/24, art. 59(6).

¹⁹⁷ D.lgs. n. 50 del 2016, art. 55, c. X.

documenti volti a istituire un SDA possono richiedere agli operatori economici il costante aggiornamento della propria posizione¹⁹⁸.

Il secondo passo riguarda l'aggiudicazione di un appalto specifico nell'ambito del SDA. In questa fase, un'amministrazione aggiudicatrice considera qualificati tutti gli operatori economici già ammessi a un SDA (tuttavia un'amministrazione aggiudicatrice può chiedere agli offerenti e ai candidati in qualsiasi momento della procedura di presentare tutti o parte dei documenti giustificativi) e, successivamente, può valutare le offerte presentate in base ai criteri stabiliti nel bando di gara. In alternativa, l'amministrazione aggiudicatrice può specificare i criteri di selezione e aggiudicazione già stabiliti nel bando di gara per il SDA. In tal caso, la specifica dei criteri di aggiudicazione consente di adattare le offerte alle esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice. La specifica dei criteri di selezione riduce i vantaggi derivanti dall'aver già operatori economici qualificati nella prima fase.

In sede di aggiudicazione dell'appalto specifico, per la valutazione delle offerte è possibile ricorrere ad un'asta elettronica o ad altre metodologie basate su strumenti elettronici che consentano la valutazione automatica delle offerte (es. sfruttando il binomio "on/off" e la conseguente attribuzione di un punteggio fisso) prestando attenzione alle specifiche peculiarità dell'oggetto del contratto ed a non sminuire la possibile rilevanza di profili progettuali¹⁹⁹.

Una preoccupazione riguarda il fatto che le norme non prevedono alcun obbligo di pubblicità "esterno" agli operatori economici già abilitati allo SDA della decisione di aggiudicare un contratto di appalto specifico. Tuttavia, anche considerando che la pubblicazione non è più necessario un avviso semplificato

¹⁹⁸ Cons. St., III, 11 giugno 2019, n. 3908. In cui il Collegio ritiene legittima la disposizione del disciplinare che dispensa la stazione appaltante dall'onere della previa richiesta rendendo esigibile, in via automatica e permanentemente, dalle parti un onere di costante aggiornamento della propria posizione, lungi dall'introdurre in capo agli operatori un obbligo ulteriore e diverso rispetto a quello esigibile in base alla disciplina primaria, esaurisce i suoi effetti solo sul piano procedimentale rispondendo ad un'evidente esigenza di semplificazione attuata mediante la preventiva razionalizzazione degli adempimenti predicabili in queste materia e che si riconducono agli obblighi di correttezza e di lealtà che concorrono a qualificare i comportamenti degli operatori economici che partecipano ad una procedura competitiva.

¹⁹⁹ T.A.R. Lazio, Roma, I, 25 luglio 2018, n. 8434, Ove si prevedeva l'attribuzione dei punteggi secondo il binomio dell'"on/off" in una procedura per l'affidamento di un appalto specifico di fornitura di servizi di pulizia e igiene per gli immobili in uso, a qualsiasi titolo, alle pubbliche Amministrazioni (da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa). Il Collegio ritiene che l'attribuzione di un punteggio fisso, dipendente dalla circostanza che il concorrente risponda con un "sì" o un "no", si presta a esautorare la valutazione dell'offerta tecnica di ogni contenuto di merito tecnico e progettuale, "frustrando la finalità di assicurare l'effettiva individuazione del miglior rapporto qualità/prezzo, valorizzando gli elementi qualitativi dell'offerta e individuando criteri tali da garantire un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici". Cfr. anche: T.A.R. Lazio, 23 dicembre 2019, n. 14749, nel caso di specie la documentazione di gara prevedeva che la commissione avrebbe dovuto attribuire 60 punti mediante dei criteri totalmente discrezionali e 15 punti mediante criteri on/off. I concorrenti in merito a questi ultimi avrebbero dovuto limitarsi a dichiarare di "offrire" o meno alcuni elementi richiesti. L'esito ha visto l'attribuzione dei 15 punti in palio a tutti i concorrenti e ciò poiché ciascuno di essi ha offerto gli elementi richiesti. Il Collegio evidenzia il rischio di un "appiattimento" delle offerte tecniche, precisando che la dimostrazione dell'illegittimità di una procedura di gara, è necessario che i criteri di valutazione on/off abbiano un peso "determinante". In altre parole, ciò che deve essere evitato è che un'uniformità marcata dei punteggi tecnici faccia sì che la gara venga di fatto affidata mediante il criterio del prezzo più basso.

anche ove il contratto di appalto specifico sia di importo superiore alle soglie UE, esiste il rischio che possa essere dichiarato inefficace per violazione del contratto. Si sottolinea come la conclusione dei contratti di appalto specifico nell'ambito di uno SDA consente di derogare al termine dilatorio di trentacinque giorni (c.d. *stand still period*), in virtù delle peculiari caratteristiche dello strumento²⁰⁰. È possibile osservare un periodo di fermo volontario per evitare l'inefficacia e, nell'ambito delle buone pratiche di appalto, sembra meglio che le amministrazioni aggiudicatrici forniscano feedback agli offerenti²⁰¹.

Il SDA è più adatto nei mercati con un gran numero di fornitori combinati con un elevato volume di transazioni, come l'acquisto di beni diversi nella stessa categoria (ad esempio farmaci). Ad esempio, in Italia c'erano diversi SDA che operavano per l'approvvigionamento di farmaci. In questo caso è stato utilizzato un SDA per semplificare la procedura di aggiudicazione che normalmente richiederebbe lotti separati e numerosi sviluppando (come primo passo) la selezione qualitativa degli offerenti²⁰². L'uso di questo strumento è aumentato in Italia, in particolare, dal CPB nazionale (Consip SpA), che ha utilizzato i SDA per diverse categorie di beni²⁰³ e servizi²⁰⁴.

Un SDA può essere suddiviso in categorie di beni, lavori o servizi in base alle caratteristiche dell'appalto da eseguire²⁰⁵. Le caratteristiche individuate dall'amministrazione che istituisce il SDA possono comprendere il riferimento al quantitativo massimo ammissibile degli appalti specifici successivi o a un'area geografica specifica in cui gli appalti saranno eseguiti al fine di consentire agli operatori economici che operano nel mercato di riferimento di valutare l'interesse per i successivi appalti specifici. L'analisi preliminare del costo totale (riferite ai costi diretti ed indiretti) di istituzione di uno SDA e delle

²⁰⁰ D.lgs. n. 50 del 2016, art. 32, c. X, lett. b).

²⁰¹ AMA EYO, *Evidence on use of dynamic purchasing systems in the United Kingdom*, in PPLR, 2017, 23-248.

²⁰² Cons. St., III, 1 aprile 2016, n. 1306. Nel caso di specie, veniva considerato legittimo il bando di gara semplificato (nell'ambito di un SDA), in cui erano inclusi in un unico lotto farmaci diretti alla cura della medesima patologia, riconosciuti dall'Aifa come aventi "equivalenza terapeutica". Il divieto di aggiudicare (previsto all'epoca dei fatti nel d.lgs. n. 163 del 2006, art. 68), tramite il SDA, un unico lotto di beni che non appartengono al medesimo "tipo" o "standard" riguarda solo l'individuazione dei beni che possono essere acquistati tramite il predetto sistema (e cioè beni che si trovano ordinariamente sul mercato, non da realizzarsi sulla base di specifiche tecniche fornite dalla stazione appaltante, tra i quali rientrano i farmaci), ma nulla stabilisce in merito alla tipologia di beni da inserire in uno specifico lotto (ed è dunque irrilevante che i farmaci inseriti in un unico lotto abbiano principi attivi differenti).

²⁰³ Si vedano gli SDA relativi a: arredi per ufficio/scolastici/sanitari, derrate alimentari, apparecchiature e infrastrutture ICT, computer, prodotti farmaceutici, apparecchiature elettromedicali, dispositivi medicali e protesi, impianti fotovoltaici e apparecchiature per il risparmio energetico. Per tali dati si v.: <https://dati.consip.it/dataset/dataset-bandi-e-gare>.

²⁰⁴ Si vedano gli SDA relativi a: servizi assicurativi, servizi di trasporto e postali, servizi di pulizia, manutenzione di impianti, servizi di lavanolo, servizi di ristorazione e sostitutivi mensa. Per tali dati si v.: <https://dati.consip.it/dataset/dataset-bandi-e-gare>.

²⁰⁵ Direttiva UE 2014/24, art. 34, par. I. Tali caratteristiche possono includere il riferimento alla dimensione massima consentita dei successivi contratti di appalto specifico o restringere ad una specifica area geografica il loro luogo di esecuzione.

amministrazioni a cui potrebbe “rivolgersi” è un fattore chiave per garantire il suo sviluppo e consentire la produzione di benefici in termini di efficienza.

Il SDA, quale tecnica di acquisto, deve essere distinto dallo strumento contrattuale dell'accordo quadro. Entrambi richiedono due fasi per la selezione del contraente pubblico, ma mentre il SDA consente l'accesso di nuovi operatori economici per tutta la sua durata, l'accordo quadro, ha un carattere chiuso e l'aggiudicazione del contratto di appalto è possibile unicamente con gli operatori economici che sono parte dell'accordo stesso. I due istituti hanno inoltre funzioni giuridiche diverse che ne rendono possibile l'utilizzo contestuale (attraverso la conclusione drdi quadro nell'ambito di un SDA)²⁰⁶. Ciò può accadere soprattutto in situazioni in cui vi è incertezza nella quantità da acquistare. In questo caso, la definizione di SDA tiene conto dell'efficienza dei mezzi elettronici e della flessibilità degli accordi quadro²⁰⁷.

L'uso di mezzi elettronici deve essere bilanciato dalla necessità di favorire la partecipazione, in particolare delle PMI. In molti casi, gli operatori economici non sono in grado di comprendere o utilizzare il sistema di gara elettronica dell'autorità. Pare ancora necessario migliorare le modalità di utilizzo di un SDA al fine di rendere tale strumento di uso comune. A tale proposito, si potrebbero prospettare iniziative volte ad accompagnare le imprese e le stesse amministrazioni alle sfide organizzative, relative al personale e tecnologiche alla diffusione del SDA, incoraggiando al contempo l'attività di formazione per le PMI e la partecipazione delle stesse ad eventi informativi preliminari all'istituzione di un SDA.

Attività formative (unitamente alla realizzazione di guide operative) sono previste all'interno del PNRR per supportare le amministrazioni e le imprese verso l'utilizzo di strumenti avanzati di acquisto e di negoziazione²⁰⁸.

Si ricorda inoltre come per favorire la partecipazione (soprattutto delle PMI), non possono essere posti a carico degli operatori economici interessati o partecipanti al sistema dinamico di acquisizione “i contributi di carattere amministrativo prima o nel corso del periodo di validità del sistema dinamico di acquisizione”²⁰⁹.

Vi sono inoltre ulteriori fattori che devono essere considerati nella creazione di un SDA come le caratteristiche del mercato rilevante (ad esempio la concorrenza tra i fornitori, i nuovi entranti / fornitori regolari che escono dal mercato, l'adattabilità alle PMI locali, il volume delle transazioni). Questa

²⁰⁶ M. PIGNATTI, *The use of e-procurement and contractual terms and conditions for the risk assessment and risk management in the public procurement cycle*, in V. Cantino - P. Devincenziis - G. M. Racca, *Risk management: perspectives and open issues. A multi-disciplinary approach*, cit., 927 e s. Più recentemente G. M. RACCA, *La digitalizzazione dei contratti pubblici: adeguatezza delle pubbliche amministrazioni e qualificazione delle imprese*, in R. CAVALLO PERIN – D.-U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, 328 e s.

²⁰⁷ Il sistema dinamico di acquisto del Regno Unito gestito dal [Crown Commercial Service](#) (CCS) fornisce esempi applicativi in tale senso. Un'altra esperienza del Regno Unito sull'uso del SDA è fornita dal *Health and Social Care Network*.

²⁰⁸ PNRR, cit., 74. In particolare si v. nell'ambito della “Missione 1 digitalizzazione, innovazione, competitività e cultura”, la componente “Digitalizzazione, innovazione e sicurezza nella Pubblica Amministrazione”.

²⁰⁹ D.lgs. n. 50 del 2016, art. 55, c. XIII; Direttiva UE 2014/24, art. 34, par. IX.

disposizione diventa pertinente negli Stati membri che hanno stabilito una tassa o altra forma di contributi economici per la partecipazione a una procedura di aggiudicazione²¹⁰.

Per diffondere l'uso del SDA in ambito europeo, è stato creato un prototipo che dimostra questo processo elettronico.²¹¹ Questo strumento fornisce diversi scenari, dalla istituzione di un SDA, alla aggiudicazione di un contratto di appalto specifico, alla presentazione di offerte e alle loro valutazioni.

6. Le deroghe al termine sospensivo e la stipula del contratto

La completa digitalizzazione del sistema dinamico di acquisizione e l'efficacia che deriva dall'utilizzo di mezzi elettronici ha portato a derogare al termine dilatorio previsto tra la comunicazione del provvedimento di aggiudicazione di un appalto specifico e la conclusione del relativo contratto al fine di non ridurre i benefici²¹².

Alcune problematiche in termini di efficienza ed efficacia possono risultare in sede di conclusione del contratto. L'ordinamento italiano, per le procedure di importo superiore all'affidamento diretto²¹³, dispone a pena di nullità tre differenti modalità: l'atto pubblico notarile informatico, ovvero, le modalità elettronica con l'intervento dell'Ufficiale rogante della stazione appaltante²¹⁴ o mediante scrittura privata²¹⁵. In tutti i casi, la conclusione di un contratto pubblico richiede l'applicazione delle disposizioni relative alla "modalità elettronica"²¹⁶.

L'atto pubblico notarile informatico comporta dei rallentamenti dovuti alle modalità definite in ambito notarile. Se infatti si consente la conclusione anche "a distanza", entrambe le parti sono comunque

²¹⁰ Questo è ad esempio il caso dell'Italia, dove a volte il costo della procedura di scelta del contraente è addebitato all'aggiudicatario. Si v. ANAC, delibera n. 2788 del 2016. Inoltre, l'art. 1, c. 65 e 67, l. 23 dicembre 2005, n. 266 prevede il pagamento di un contributo (per l'amministrazione aggiudicatrice e per operatore economico) per ogni singola procedura di aggiudicazione. In relazione alla contribuzione in favore dell'ANAC, si v. la delibera n. 1300 del 2017.

²¹¹ IDABC Public e-Procurement, *Static demonstrator for dynamic purchasing systems*, 2009, nel sito della [Commissione UE](#).

²¹² D.lgs. n. 50 del 2016, art. 32, c. X.

²¹³ Per i contratti di importo inferiore è possibile lo scambio di lettere mediante posta elettronica certificata e firma digitale.

²¹⁴ Il contratto concluso in forma pubblica amministrativa è un atto pubblico e ha la forza probatoria di cui all'art. 2700 c.c. Cfr. G. MANACORDA, voce *Atto pubblico*, in *Enc. Giur. Treccani*, IV, Roma, 1988.

²¹⁵ D.lgs. n. 50 del 2016, art. 32, c. XIV. Cfr. Corte dei Conti Puglia, 22 gennaio 2014, n. 16, con riferimento all'art. 11, c. 13, d.lgs. n. 163 del 2006 (conforme all'attuale disciplina), individuava le modalità di conclusione del contratto individuando: 1) in caso d'adozione del rogito notarile, quest'ultimo sarà sostituito dal documento informatico notarile, a pena di nullità, alla stregua del preciso richiamo della norma; 2) il contratto sarà concluso in modalità elettronica solo se prevista quale metodologia esclusiva da specifiche norme di legge/regolamento applicabili alla stazione appaltante (appalti di servizi/forniture che si perfezionano sul MEPA): in tal caso la modalità elettronica è un requisito *ad substantiam* a pena di nullità; 3) ove non è obbligatoriamente prevista la modalità elettronica, è sempre possibile stipulare il contratto in forma pubblica amministrativa, *ex art. 16, R.D. n. 2440 del 1923*, con l'intervento dell'Ufficiale rogante, su supporto cartaceo; 4) la scrittura privata autenticata, su supporto cartaceo, può essere utilizzata in tutti i casi in cui tale forma è prevista per la conclusione del contratto (scambio di proposta/accettazione nei contratti *inter absentes*); in caso di trattativa privata, infatti, conservano piena validità le forme di stipulazione previste dall'art. 17, R.D. n. 2440 del 1923. Conforme: Corte dei Conti Sicilia, 21 gennaio 2014, n. 17.

²¹⁶ D.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, artt. 20-21.



chiamate a presentarsi dal proprio notaio (che riceve fisicamente la persona) e firmare l'atto in presenza utilizzando un *software* messo a disposizione dall'ordine professionale²¹⁷.

Più comunemente le amministrazioni pubbliche ricorrono alle modalità elettroniche. L'Ufficiale Rogante fa le veci del notaio e applica i regolamenti della propria amministrazione che comunemente richiedono la sottoscrizione del contratto in presenza dell'aggiudicatario (di cui deve verificare l'identità) ma mediante firme digitali. Tale caratteristica costituisce un ostacolo burocratico che lascia alla singola stazione appaltante la disciplina delle modalità di sottoscrizione del contratto mediante modalità elettronica (riconoscendo quindi che si verifichino modalità differenziate tra single amministrazioni) e lede l'efficacia dello strumento elettronico richiedendo comunque la presenza fisica.

Il procedimento potrebbe risultare maggiormente semplificato ove la documentazione di gara, nel prevedere le modalità di conclusione del contratto preveda la scrittura privata. Questa, sottoscritta digitalmente unitamente alla documentazione allegata, potrebbe essere scambiata tra le parti all'interno del sistema telematico e conservato all'interno del relativo fascicolo informatico²¹⁸ garantendo legalmente la provenienza²¹⁹.

7. La gestione degli appalti pubblici tramite mezzi elettronici, la fattura elettronica e il monitoraggio sui termini di pagamento

I mezzi elettronici integrati e interoperabili svolgono un ruolo significativo nella fase di esecuzione del contratto pubblico. Innanzitutto, rendono possibile il confronto dei dati relativi alle prestazioni degli operatori economici consentendo la classificazione per prestazioni simili in maniera automatica. La disponibilità di informazioni rese uniformi in una medesima piattaforma mediante sistemi interoperabili e di facile consultazione consente forme di monitoraggio anche da parte di soggetti esterni alla pubblica amministrazione (es. cittadinanza attiva, accademia, associazioni di categoria)²²⁰ contribuendo a rendere effettive la "partecipazione degli interessati all'attività amministrativa" e le "forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche" che integrano la nozione di trasparenza. La consultazione ed il confronto dei dati rende possibile verificare in modo semplice le deviazioni che intercorrono in sede di esecuzione rispetto a quanto promesso dall'aggiudicatario nella propria offerta. Alcuni esempi sono forniti dalle "modifiche del contratto durante la sua esecuzione", dal

²¹⁷ Cfr. il sito della [società informatica del notariato italiano](#).

²¹⁸ d.p.c.m. 12 agosto 2021, n. 148, art. 27.

²¹⁹ ANAC determina 13 febbraio 2013, n. 1 ove si conferma che l'utilizzo della modalità elettronica è da ritenersi obbligatorio, a pena di nullità, per tutti i contratti d'appalto stipulati sia in forma pubblica amministrativa che mediante scrittura privata.

²²⁰ G. M. RACCA, *The role of third parties in the execution of public contracts*, in L. FOLLIOT-LALLIOT - S. TORRICELLI (a cura di), *Controle et contentieux des contrats publics - Oversight and remedies in public contracts*, Bruylant, 2017, 415 e s.

"subappalto" e dalle possibili situazioni di conflitto di interessi, dal monitoraggio sul ritardo dei pagamenti delle amministrazioni aggiudicatrici. Alcuni di tali circostanze sono state oggetto di una procedura di infrazione contro l'Italia per la non conformità dell'attuazione delle Direttive UE del 2014 in materia di contratti pubblici²²¹ o di ricorso per inadempimento circa il rispetto della disciplina europea.²²²

La disponibilità di dati accessibili online può semplificare queste attività e favorire il loro riutilizzo mediante un archivio unico di conoscenza sull'attività della pubblica amministrazione, a condizione che sia garantita la "qualità" dei dati inseriti. Per perseguire questi obiettivi a livello europeo e nazionale, la standardizzazione dei dati nei documenti richiesti è essenziale. Nella fase di esecuzione dei contratti pubblici, un esempio è fornito dalla fattura elettronica. La fatturazione elettronica è un sistema digitale di emissione, trasmissione e conservazione delle fatture che permette di abbandonare il supporto cartaceo e tutti i relativi costi di stampa, spedizione e conservazione. Fino a pochi anni fa in tutta l'UE venivano utilizzati numerosi formati di fatture elettroniche. Questi formati diversi hanno causato complessità inutili e costi elevati per gli operatori economici e le amministrazioni aggiudicatrici.

Nonostante alcuni progetti a livello europeo avessero già elaborato e strutturato un sistema e standard comuni che rendessero possibile l'utilizzo a livello europeo di strumenti di *e-procurement* (tra cui anche la fattura elettronica), pochi soggetti pubblici avevano inizialmente aderito²²³.

Il Comitato europeo di normalizzazione (CEN) venne incaricato per gestire l'implementazione della fatturazione elettronica. In tale attività furono coinvolti i rappresentanti degli organismi di normalizzazione che aveva portato ad identificare gli standard tecnici della fatturazione elettronica e i passaggi tecnici che sarebbero stati richiesti²²⁴.

Per semplificare il contesto nell'UE, venne implementato uno standard europeo per la fatturazione elettronica²²⁵ e delle regole tecniche²²⁶, richiedendo alle organizzazioni europee di normazione di procedere alla standardizzazione ed uniformazione dei modelli nazionali rapportandosi con il CEN²²⁷.

²²¹ Commissione UE, *Costituzione in mora – Infrazione n. 2018/2273*, C(2019) 452 final, 24 gennaio 2019.

²²² Circa il mancato rispetto della disciplina UE sui termini di pagamento nelle transazioni commerciali cfr.: CGUE, 28 gennaio 2020, Commissione UE c. Repubblica italiana, in C-122/18

²²³ Il progetto [Peppol](#) era volto ad individuare un insieme di elementi infrastrutturali e di specifiche tecniche che abilitino e facilitino le procedure di e-Procurement. Successivamente alla conclusione del progetto, avvenuta nel 2012, l'associazione OpenPEPPOL ha assunto il governo delle componenti fondamentali del sistema, ovvero: l'infrastruttura di rete PEPPOL eDelivery Network, le specifiche per l'interoperabilità dei documenti di Business PEPPOL Business Interoperability Specifications (BIS), gli accordi che regolano l'utilizzo della rete PEPPOL Transport Infrastructure Agreements (TIA).

²²⁴ Commissione UE, *Panoramica sulla standardizzazione della fatturazione elettronica, questioni e conclusioni per le azioni future*, settembre 2012, accessibile nel sito della [Commissione UE](#).

²²⁵ Direttiva UE 2014/55/EU, sulla fatturazione elettronica negli appalti pubblici.

²²⁶ Commissione UE, decisione di esecuzione (UE) 2017/1870.

²²⁷ Commissione UE, *On a standardisation request to the European standardisation organisations as regards a European standard on electronic invoicing and a set of ancillary standardisation deliverables pursuant to Regulation (EU) No 1025/2012*, 10 dicembre 2014.

L'attuale disciplina consente lo scambio di informazioni nell'UE e richiede agli Stati membri di garantire che le amministrazioni e gli enti aggiudicatori ricevano ed elaborino fatture elettroniche conformi alle norme UE in materia di fatturazione elettronica.²²⁸

Il *Connecting European Facility* ha lavorato negli anni per mettere a disposizione degli strumenti volti a semplificare l'utilizzo della fattura elettronica.²²⁹ Nel 2019 per aiutare gli Stati Membri nell'attuazione dei nuovi standard, la Commissione UE ha investito oltre 35 milioni di euro per sostenere l'adozione di soluzioni innovative di fatturazione elettronica, mediante l'automazione *end-to-end*, la robotica e l'uso dell'IA, anche attraverso CEF²³⁰.

In Italia l'attività di implementazione dei sistemi e delle regole tecniche sviluppate a livello europeo è stata coordinata dall'Agenzia per l'Italia Digitale che è individuata anche quale *contact point* nell'ambito delle attività di *OpenPeppo*²³¹. L'obbligo di invio elettronico delle fatture alla pubblica amministrazione²³² mentre l'obbligo di fatturazione elettronica nei rapporti economici tra pubblica amministrazione e fornitori è stato attuato nel 2013²³³. Al fine di garantire una maggiore trasparenza, monitoraggio e rendicontazione della spesa pubblica venne inizialmente richiesto ai Ministeri, Agenzie fiscali ed enti nazionali di previdenza, di non accettare fatture emesse o trasmesse in forma cartacea²³⁴. Tale previsione venne successivamente estesa a tutte le altre pubbliche amministrazioni²³⁵ accompagnando la transizione con misure volte ad incentivare l'utilizzo della fattura elettronica²³⁶.

²²⁸ Con l'obiettivo "di aiutare a semplificare l'adozione su larga scala della fatturazione elettronica a livello nazionale e dell'UE", la Commissione UE aveva istituito l'European Multi-Stakeholder Forum on Electronic Invoicing (EMSFEI) che riunisce le parti interessate nella gestione del processo di fatturazione e consente lo scambio di esperienze e migliori pratiche oltre confine attraverso gli Stati membri dell'UE. Può inoltre formulare raccomandazioni alla Commissione. R. WILLIAMS, *Commission proposes draft Directive on e-invoicing*, in PPLR, 2013, 6, NA154-NA157.

²²⁹ Cfr. il sito della [Commissione UE](#).

²³⁰ Cfr. il sito della [Commissione UE](#).

²³¹ Cfr. il sito di [Agid](#).

²³² Presente dal 2007, cfr. l. n. 244 del 2007, art. 1, c. 209.

²³³ D.M. Ministero dell'economia e delle finanze 3 aprile 2013, n. 55.

²³⁴ Dal 6 giugno 2014.

²³⁵ Dal 31 marzo 2015.

²³⁶ Le misure indicate con l. n. 23 del 2014, art. 9, anche per semplificare gli adempimenti amministrativi (es. in relazione all'assolvimento degli adempimenti fiscali connessi alla fatturazione elettronica) e consentire idonee forme di controllo sono state attuate con il d.lgs. n. 127 del 2015, che prevede la possibilità di fruire gratuitamente del servizio per la generazione, trasmissione e conservazione delle fatture elettroniche messo a disposizione dall'Agenzia delle entrate dal 1° luglio 2016. Dal 1° gennaio 2017, il Ministero dell'economia e delle finanze ha messo a disposizione dei soggetti passivi IVA il Sistema di Interscambio per la trasmissione e ricezione delle fatture elettroniche. La legge di bilancio 2018, ha previsto sia nel caso in cui la cessione del bene o la prestazione di servizio è effettuata tra due operatori Iva (operazioni B2B, cioè *Business to Business*), sia nel caso in cui la cessione/prestazione è effettuata da un operatore Iva verso un consumatore finale (operazioni B2C, cioè *Business to Consumer*) l'obbligo di fatturazione elettronica attraverso il Sistema di Interscambio a partire dal 1° gennaio 2019. Tali previsioni sono state successivamente integrate con la disciplina europea del 2014 e delle regole tecniche predisposte dalla Commissione (d.lgs. 13 dicembre 2018, n. 148) armonizzandole con le previsioni fiscali italiane (a titolo esemplificativo: d.l. n.119 del 2018, conv. in l. 17 dicembre 2018, n. 136 o la l. 30 dicembre 2018, n. 145) e favorendo l'utilizzo del mezzo elettronico. In dottrina: di G. SGUEO, *Amministrazioni più trasparenti ed efficienti con la fatturazione elettronica obbligatoria*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2019, 556 e s.

Nella fase di esecuzione, problematiche connesse alla mancanza di efficienza ed all'eccessiva burocrazia nei procedimenti amministrativi risultano evidente anche in relazione ai termini dei pagamenti delle pubbliche amministrazioni²³⁷.

La lentezza del processo di standardizzazione a livello europeo a causa di interessi divergenti dei singoli Stati membri è una delle criticità che deve essere superata e che pare richiedere un impegno politico più profondo ed effettivo dei singoli ordinamenti giuridici che vada oltre la mera previsione normativa.

L'obiettivo principale è l'uso corretto di informazioni e dati per favorire la trasparenza e l'efficienza dell'amministrazione aggiudicatrice attraverso un'efficace gestione dell'esecuzione e del monitoraggio del contratto²³⁸.

8. Conclusioni

L'analisi dell'intero ciclo del contratto pubblico evidenzia il ruolo che possono svolgere i mezzi elettronici per favorire in modo significativo l'efficienza dell'attività contrattuale e il cambiamento del ruolo dell'amministrazione pubblica nel Mercato Interno²³⁹.

La tracciabilità dei documenti e delle attività svolte e la maggiore disponibilità di informazioni può costituire un incentivo per gli operatori economici all'ingresso nel settore dei contratti pubblici, favorire la correttezza del procedimento amministrativo e dell'esecuzione della prestazione contrattuale²⁴⁰, apportare una conoscenza dei mercati di riferimento e consentire la migliore definizione delle strategie di gara future. La raccolta e l'elaborazione di informazioni digitali (sulla base di dataset uniformi) rende inoltre possibile la loro condivisione, integrazione e interpolazione. In questo modo gli strumenti elettronici consentono di incidere sulla nozione di trasparenza e sulla "qualità" con cui vengono fornite le informazioni assumendo una autonoma rilevanza²⁴¹. I mezzi elettronici, gli algoritmi e l'intelligenza

²³⁷ CGUE, 28 gennaio 2020, *Commissione UE c. Repubblica italiana*, in C-122/18, in cui nell'ambito di un ricorso per inadempimento è stato accertato il mancato rispetto della disciplina relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali da parte delle amministrazioni pubbliche italiane. Cfr. Cons. St., sez. atti norm., 12 giugno 2020, n. 1190, relative ai casi in cui si riconosce alle amministrazioni pubbliche la possibilità di rifiutare le fatture elettroniche.

²³⁸ A. CERRILLO-I. MARTINEZ, *Public transparency as a tool to prevent corruption in public administration*, in A. Cerrillo-I-Martinez - J. Ponce (a cura di), *Preventing Corruption and Promoting good Government and Public Integrity*, Bruylant, Brussels, 2017, 2-3; J. M. ACKERMAN – I. E. SANDOVAL-BALLESTEROS, *The global explosion of freedom of information acts*, in *American Law Review*, 2006, 58. M. PIGNATTI, *The use of e-procurement and contractual terms and conditions for the risk assessment and risk management in the public procurement cycle*, cit., 927 e s.

²³⁹ OECD, *Public Procurement for Innovation. Good Practices and Strategies*, op. cit., 67.

²⁴⁰ Commissione UE, *Green Paper on expanding the use of e-Procurement in the EU*, 18 ottobre 2010.

²⁴¹ La strategia per gli appalti pubblici del 2017 della Commissione UE ha sottolineato che le amministrazioni pubbliche necessitano di maggiori quantità e qualità di dati per consentire una migliore valutazione delle pratiche di appalto. Inoltre, l'approvvigionamento tradizionale soffre spesso di dati errati o mancanti a causa delle modalità di gestione degli stessi (ad esempio, immissione di dati da invii cartacei in un sistema informatico, compatibilità tra differenti sistemi informatici, differenti parametri di riferimento nella raccolta dei dati). Si v. anche Parlamento UE, *Systems and e-procurement – Improving Access and Transparency of Public Procurement*, Briefing requested by the IMCO committee, aprile 2018. P. P. STOLL, *Procurement - Grundlagen, Standards Und Situation Am Markt*, Wiesbaden, Springer Science+Business Media, 2007.

artificiale costituiscono strumenti di semplificazione ed efficienza dei procedimenti amministrativi e delle attività ad essa connesse che richiedono cambiamenti nell'organizzazione, nell'attività e nelle professionalità della pubblica amministrazione.

Numerosi studi dell'Unione Europea sottolineano i diversi approcci adottati dagli Stati membri, individuando le barriere allo sviluppo del mercato interno e agli appalti transfrontalieri, quali le barriere linguistiche, l'orientamento nazionale delle piattaforme di appalti elettronici e la mancanza di interoperabilità tra di loro²⁴².

Raccomandazioni, linee guida e strumenti delle migliori pratiche per la transizione agli appalti elettronici sono stati realizzati a livello europeo per “guidare” e coordinare gli Stati nel processo di transizione²⁴³.

Centri di competenza sono stati creati per supportare le amministrazioni aggiudicatrici nella gestione del *public procurement cycle* mediante l'utilizzo di strumenti elettronici, tracciare le attività svolte nel procedimento di scelta del contraente ed evitare elusioni alle libertà economiche nel Mercato Interno²⁴⁴.

La Commissione UE ha elaborato modelli elettronici standard per migliorare la raccolta di dati al fine di migliorare l'interoperabilità transnazionale²⁴⁵.

Le disposizioni UE in tema di “tecniche e strumenti per gli appalti elettronici e aggregati”²⁴⁶ e le politiche sulla professionalizzazione delle stazioni appaltanti²⁴⁷ assumono un ruolo rilevante in tale senso mettendo a disposizione degli strumenti che mutano la modalità di svolgimento della “funzione acquisti”.

La completa digitalizzazione del procedimento di scelta del contraente e il coordinamento della fase preliminare e di quella di esecuzione della prestazione sono oggi possibili anche se il corretto utilizzo degli

²⁴²A. BUYSE – N. DEWYNGAERT – N. LOOZEN – M. LOPEZ POTES – G. SIMONS – A. ZIEMYTE, *e-Procurement Uptake - PwC Final Report*, 2015.

²⁴³ Cfr. i rapporti elaborati dallo Multi-Stakeholder Expert Group on e-procurement (EXEP). Il 19 settembre 2017: "Contract Registers", "Electronic Catalogues" e "Certification of e-Tendering Platforms". Il 24 ottobre 2016: "Solutions and Interoperability", "Governance and capacity building" e "Regulatory Aspects and Interpretation".

²⁴⁴ Commissione UE, *ProcurCompEU – Quadro europeo delle competenze per i professionisti degli appalti pubblici*, 2020, accessibile nel sito della [Commissione UE](#). Ulteriori Competence center sono stati creati nell'ambito di progetti finanziati dall'UE su specifiche tematiche (es.: appalti pubblici innovativi nell'ambito del progetto Interreg Central Europe Public Procurement of Innovative Solutions – PPI2Innovate (cfr. il sito del [progetto](#)) o in tema di Innovazione e ICT nel progetto Procure2Innovate (cfr. il sito del [Progetto](#)), in cui il partner italiano è Consip S.p.A. <https://www.consip.it/innovazione/esperienze-internazionali/procurement-dell-innovazione>) Cfr. anche il documento elaborato nell'ambito del progetto “procure2Innovate”, *How to set up a competence center for innovation*, 2019, accessibile sul sito del [progetto](#).

²⁴⁵ Multi-Stakeholder Expert Group on e-procurement (EXEP), *Solutions & interoperability*, 24 ottobre 2016. Cfr.: Parlamento UE risoluzione *sul pacchetto sulla strategia in materia di appalti pubblici*, *op. cit.*, 27. Commissione UE, *Proposta di Direttiva relativa al quadro giuridico e operativo della carta elettronica europea dei servizi*, 10 gennaio 2017 attualmente in discussione al Parlamento UE e al Consiglio, che introduce una procedura armonizzata a livello UE per l'espansione transfrontaliera dei servizi di costruzione e alle imprese nel mercato interno che include l'approvazione degli operatori economici iscritti negli elenchi ufficiali di cui all'art. 64 della direttiva 2014/24/UE.

²⁴⁶ Direttiva UE 2014/24, artt. 33-39.

²⁴⁷ Queste attività sono considerate essenziali “to attract, develop and retain skills, focus on performance and strategic outcomes and make the most out of the available tools and techniques”. Commissione UE, *Raccomandazione relativa alla professionalizzazione degli appalti pubblici Costruire un'architettura per la professionalizzazione degli appalti pubblici*, 3 ottobre 2017.

strumenti previsti risulta limitato da carenze del processo di integrazione²⁴⁸. La rallentata o parziale implementazione da parte degli Stati Membri, l'assenza di un coordinamento a livello europeo e nazionale e il permanere di barriere (tecniche, giuridiche e linguistiche), limita le potenzialità della digitalizzazione ed incide negativamente sull'effettivo funzionamento del Mercato Interno²⁴⁹ (costituendo altresì un costo economico significativo²⁵⁰).

Definire un approccio comune ed integrato (a livello nazionale ed europeo) nel settore dei contratti pubblici²⁵¹ per sfruttare il potenziale degli strumenti elettronici e garantire la produzione di dati uniformi e strutturati sono due dei principali obiettivi che dovrebbero essere perseguiti²⁵².

Se non adeguatamente ideata, sviluppata e gestita, la digitalizzazione delle procedure di scelta del contraente rischia di non superare le reali problematiche esistenti a livello europeo (quali le barriere linguistiche e l'interoperabilità)²⁵³ e nazionale riducendo l'efficienza che può essere conseguita nel settore dei contratti pubblici²⁵⁴.

La ricerca evidenzia come un cambiamento giuridico-culturale negli Stati membri sia necessario per mutare l'approccio nella transizione alla digitalizzazione e utilizzare gli istituti giuridici esistenti per

²⁴⁸ R. CAVALLO PERIN, *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e l'integrazione europea*, in *A 150 anni dall'unificazione amministrativa europea*, a cura di L. Ferrara - D. Sorace, I, Firenze University Press, 2016, 19 e s.; già in *L'Organizzazione delle pubbliche amministrazioni nel processo d'integrazione dello Stato nazionale italiano e dell'Unione Europea*, in *Istituzioni del Federalismo*, Rimini, Maggioli Editore, 44/2016, 997-1033; R. FERRARA, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, in *Dir. Amm.*, 2019, 773.

²⁴⁹ Commissione UE, *A strategy for e-procurement*, 2012. I dati della Commissione UE hanno evidenziato che solo il 5-10% delle procedure di appalto svolte in tutta l'UE aveva effettivamente utilizzato gli appalti elettronici. Secondo i dati dell'UE, visto il valore del mercato totale degli appalti pubblici nell'UE, ogni 5% risparmiato potrebbe restituire alla pubblica amministrazione circa 100 miliardi di euro. Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti che hanno già effettuato la transizione agli appalti elettronici segnalano risparmi tra il 5 e il 20% e un rapido recupero dei relativi costi di investimento. Commissione UE, *International Digital Economy and Society Index 2018*, Danimarca, Svezia, Finlandia e Paesi Bassi sono stati identificati dal 2018 *Digital Economy and Society Index (DESI)* come le economie digitali più avanzate nell'UE, seguite da Lussemburgo, Irlanda, Regno Unito, Belgio ed Estonia. Romania, Grecia e Italia hanno ottenuto il punteggio DESI più basso.

²⁵⁰ P. CECCHINI – M. CATINAT – A. JACQEMIN, *European Challenge – Benefits of a Single Market*, Wildwood House, 1988, 1992, sulla base dei valori del 1986, aveva individuato un differenziale connesso ai “Costs of Non-Europe” di 17,5 miliardi di Euro. Studi più recenti hanno ridefinito tale valore a 49,7 miliardi di Euro nel 2012. Cfr. C. SMITH - A. LILICO, *The Cost of Non-Europe in the Single Market*, 2014, in <https://doi.org/10.2861/57815>.

²⁵¹ Sull'evoluzione dell'integrazione in ambito nazionale e con la disciplina europea: R. CAVALLO PERIN - G. M. RACCA, *The plurality and diversity of integration models: the italian unification of 1865 and the european union ongoing integration process*, in D. Sorace – L. Ferrara – I. Piazza (a cura di) *The changing administrative law of an EU member State*, Cham, Springer, Torino, Giappichelli, 2020, 5-22; ID., *Administrative Cooperation in the Public Contracts and Service Sectors for the Progress of European Integration*, in F. Merloni, A. Pioggia (a cura di), *European Democratic Institutions and Administrations*, Torino, Giappichelli Editore, 2018, 265-296, accessibile sul sito di [Lus Publicum Network Review](http://luspublicumnetworkreview.com).

²⁵² Multi-Stakeholder Expert Group on e-procurement (EXEP), *Certification of E-tendering Platforms*, 12 settembre 2017.

²⁵³ P. FERK, *Can the Implementation of Full E-Procurement into Real Life Address the Real Challenges of EU Public Procurement?*, cit., 327.

²⁵⁴ PwC EU Services EESV, *The strategic use of public procurement for innovation in the digital economy*, SMART 2016/0040, report realizzato per la Commissione UE, 2021, in cui le policy sull'ICT nel settore dei contratti pubblici costituiscono uno degli indicatori individuate per creare e definire il livello di innovazione ed efficienza dell'attività contrattuale tra gli Stati Membri.

incidere sul mercato (anche quale in uno strumento di politica economica). Tale cambiamento coinvolge azioni a tutti i livelli di governo (dalla definizione delle strategie e l'individuazione delle infrastrutture prioritarie – a livello UE e nazionale - alla loro materiale attuazione nell'attività delle pubbliche amministrazioni) e nel mercato, capaci di rendere, nel medio-lungo periodo, di uso comune il ricorso a istituti, strumenti, modalità operative nuove.

Se non adeguatamente ideata, sviluppata, gestita e attuata, la digitalizzazione delle procedure di scelta del contraente rischia di non superare le reali problematiche esistenti a livello europeo (quali le barriere linguistiche e l'interoperabilità)²⁵⁵ e nazionale riducendo l'efficienza che può essere conseguita nel settore dei contratti pubblici²⁵⁶.

L'accesso alle informazioni deve quindi essere accompagnato da una strategia calibrata di implementazione degli strumenti elettronici (come la creazione e gestione di piattaforme elettroniche) che garantisca l'interconnessione dei sistemi, la qualità dei dati²⁵⁷ e l'integrità delle attività svolte. Inoltre, il contesto di globalizzazione comporta una collaborazione sinergica tra i governi nazionali (nell'UE) per rendere efficiente la transizione attraverso l'attuazione di misure e modalità operative condivise a livello sovranazionale.

Il PNRR pare orientato ad implementare strumenti per un'attuazione sostanziale di misure volte a favorire l'utilizzo di mezzi elettronici nella pubblica amministrazione e alla digitalizzazione delle procedure di gara²⁵⁸ rafforzando le capacità delle stazioni appaltanti e l'efficienza dell'amministrazione pubblica²⁵⁹.

Un impegno politico degli Stati membri sembra essenziale al fine di sostenere la transizione verso un modo innovativo di acquisto per la pubblica amministrazione, rendendo effettivo l'uso corretto dei mezzi elettronici nel ciclo degli appalti pubblici superando le mere previsioni normative²⁶⁰.

²⁵⁵ P. FERK, *Can the Implementation of Full E-Procurement into Real Life Address the Real Challenges of EU Public Procurement?*, cit., 327.

²⁵⁶ PwC EU Services EESV, *The strategic use of public procurement for innovation in the digital economy*, 2021, in cui le policy sull'ICT nel settore dei contratti pubblici costituiscono uno degli indicatori individuate per creare e definire il livello di innovazione ed efficienza dell'attività contrattuale tra gli Stati Membri.

²⁵⁷ Commissione UE, *Harmonised standards: Enhancing transparency and legal certainty for a fully functioning Single Market*, 22 novembre 2018. Nell'ordinamento giuridico italiano cfr. il PNRR, cit., 70 e s., d.l. 31 maggio 2021, n. 77, artt. 11, 51/53, conv. con l. 29 luglio 2021, n. 108.

²⁵⁸ d.p.c.m. 12 agosto 2021, n. 148.

²⁵⁹ d.l. 31 maggio 2021, n. 77, artt. 11, 51/53, conv. con l. 29 luglio 2021, n. 108.

²⁶⁰ Multi-Stakeholder Expert Group on e-procurement (EXEP), *Governance and capacity building. Effective Transition to e-Procurement: Useful Tips*, 24 ottobre 2016.