

Il Volume propone interpretazioni e soluzioni innovative sui contratti pubblici di interesse per le imminenti riforme. A partire dal convegno “Contratti pubblici e innovazioni”, organizzato dal Consiglio di Stato con l’Università di Torino il 6 aprile 2022 (con *Ius Publicum Network Review* e *Public Contracts in legal globalization network*) si sono discusse le esperienze analizzate in G.M. Racca, C.R. Yukins (a cura di), *Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders*, in *Droit Administratif/Administrative Law Collection* (Dir. by J.-B. Auby), no. 27, Bruylant, Bruxelles, 2019.

Un nuovo recepimento delle Direttive del 2014 che limiti il *goldplating*, promuova l’innovazione (*digital by default*) e realizzi la sperimentazione di piattaforme che integrino, in parallelo, le nuove norme con gli atti nativi digitali permetterà la rapida attuazione degli obiettivi di efficienza e sostenibilità ambientale e sociale del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza.

La qualificazione delle stazioni appaltanti e le strategie di aggregazione specializzata dei contratti pubblici, sulla base delle principali esperienze europee ed extraeuropee, potranno assicurare lo sviluppo di piattaforme interconnesse con le banche dati pubbliche per la verifica della qualificazione degli operatori economici, in attuazione del principio “*once-only*” e del “*winner only principle*”.

L’innovazione tecnologica può costituire l’occasione per un nuovo rapporto di fiducia e di reciproca “collaborazione e buona fede” tra pubblica amministrazione e operatori economici, nel perseguimento del comune interesse alla tempestiva aggiudicazione ed esecuzione dei contratti pubblici. Anche i rimedi alternativi e giurisdizionali dovranno confrontarsi con la trasformazione digitale ed assicurare effettività e concentrazione della tutela nell’interesse dei cittadini.

Il Volume, curato da R. Cavallo Perin, M. Lipari e G.M. Racca, raccoglie i contributi di: JEAN-BERNARD AUBY, ROBERTO CAVALLO PERIN, VINCENZO CERULLI IRELLI, MARIO P. CHITI, MARCELLO CLARICH, FRANCO FRATTINI, MARCO LIPARI, ELENA QUADRI, GABRIELLA M. RACCA e FLAVIA RISSO

€ 20,00



CONTRATTI PUBBLICI E INNOVAZIONI

PER L’ATTUAZIONE DELLA LEGGE DELEGA

A CURA DI

ROBERTO CAVALLO PERIN MARCO LIPARI GABRIELLA M. RACCA



CONTRATTI PUBBLICI E INNOVAZIONI

CONTRATTI PUBBLICI E INNOVAZIONI
PER L'ATTUAZIONE DELLA LEGGE DELEGA

CONTRATTI PUBBLICI E INNOVAZIONI

PER L'ATTUAZIONE DELLA LEGGE DELEGA

A CURA DI

ROBERTO CAVALLO PERIN MARCO LIPARI GABRIELLA M. RACCA

 JOVENE

Volume pubblicato con il contributo del Dipartimento di Management
dell'Università degli Studi di Torino.

DIRITTI D'AUTORE RISERVATI

© Copyright 2022

ISBN 978-88-243-2750-3

JOVENE EDITORE

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

I diritti di riproduzione e di adattamento anche parziale della presente opera (compresi i microfilm, i CD e le fotocopie) sono riservati per tutti i Paesi. Le riproduzioni totali, o parziali che superino il 15% del volume, verranno perseguite in sede civile e in sede penale presso i produttori, i rivenditori, i distributori, nonché presso i singoli acquirenti, ai sensi della L. 18 agosto 2000 n. 248. È consentita la fotocopiatura ad uso personale di non oltre il 15% del volume successivamente al versamento alla SIAE di un compenso pari a quanto previsto dall'art. 68, co. 4, L. 22 aprile 1941 n. 633.

Printed in Italy Stampato in Italia

INDICE

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

FRANCO FRATTINI

INTRODUZIONE

1. L'attuazione della delega per la nuova disciplina dei contratti pubblici e il divieto di <i>gold-plating</i>	» 1
2. La qualificazione delle stazioni appaltanti	» 3
3. La qualificazione delle imprese e il principio " <i>once-only</i> "	» 5
4. Le innovazioni digitali e l'effettività della tutela	» 6

GABRIELLA M. RACCA

LE INNOVAZIONI NECESSARIE PER LA TRASFORMAZIONE DIGITALE E SOSTENIBILE DEI CONTRATTI PUBBLICI

1. La trasformazione digitale dei contratti pubblici per l'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza	» 9
2. La qualificazione delle stazioni appaltanti e la necessaria specializzazione	» 15
3. La semplificazione della qualificazione delle imprese secondo il principio del " <i>once-only</i> "	» 24
4. Il principio della collaborazione e della buona fede	» 32

VINCENZO CERULLI IRELLI

LE INNOVAZIONI NORMATIVE E I CONTRATTI PUBBLICI

1. Verso una nuova disciplina dei contratti pubblici	» 45
2. Carenze della disciplina vigente	» 47
3. Innovazioni alla disciplina del <i>Codice</i> introdotta da provvedimenti recenti. »	50
4. Valutazioni di carattere generale sul testo della legge delega approvato dal Senato	» 56
5. Valutazioni su singoli punti del testo di legge delega approvato dal Senato »	59
6. Qualche conclusione	» 63

MARIO P. CHITI

LE INNOVAZIONI SULLA QUALIFICAZIONE
DELLE AMMINISTRAZIONI AGGIUDICATRICI

1. Un problema risalente p. 65
2. Le prime riforme nazionali e le successive direttive comunitarie » 67
3. I quattro temi principali della discussione tuttora non compiutamente risolti » 70
4. L'avvio della riforma organica del Codice dei contratti pubblici a seguito del PNRR. La delega sulla qualificazione delle stazioni appaltanti » 74
5. Per un modello della funzione appalti giuridicamente definito e stabile » 76

MARCELLO CLARICH

LE INNOVAZIONI PER LA QUALIFICAZIONE
DEGLI OPERATORI ECONOMICI

1. La qualificazione degli operatori economici nella riforma dei contratti pubblici » 79
2. Gli strumenti per la digitalizzazione della valutazione dei requisiti degli operatori economici » 81
3. Le banche dati per supportare la valutazione delle stazioni appaltanti sull'affidabilità delle imprese » 83

MARCO LIPARI

LE INNOVAZIONI
PER L'EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA

1. La Giustizia amministrativa e l'innovazione tecnologica » 87
2. Il sindacato del giudice amministrativo sui contratti a contenuto innovativo » 89
3. Le modalità procedurali innovative delle gare » 89
4. I rischi del *formalismo digitale* » 90
5. Procedure innovative telematiche e attività materiali della stazione appaltante » 92
6. Conclusioni: il giudice amministrativo e la sfida aperta dell'innovazione » 93

ELENA QUADRI

LA MODELLAZIONE DIGITALE DEI CONTRATTI
E GLI ACCORDI COLLABORATIVI

1. Il *Building Information Modeling* nei contratti pubblici » 95
2. Il *Building Information Modeling* e la concorrenza » 98
3. Il *Building Information Modeling* e i contratti collaborativi » 102

FLAVIA RISSO
LA VALUTAZIONE DELL'OFFERTA TECNICA
E LA DIGITALIZZAZIONE

1. L'approccio al tema della digitalizzazione: un'opportunità e non un problema p. 109
2. Diffusione della digitalizzazione nelle relazioni di diritto pubblico e intervento "sostitutivo" della giurisprudenza » 110
3. Sviluppo della digitalizzazione nello specifico settore dei contratti pubblici » 112
4. Criticità dell'attuale sistema di redazione dei criteri (a monte) e di valutazione delle offerte tecniche (a valle) » 113
5. ... e possibili benefici derivanti dall'uso delle tecnologie » 113
6. Proposte di possibili applicazioni pratiche » 114
7. Conclusioni » 115

ROBERTO CAVALLO PERIN
LA DIGITALIZZAZIONE E L'ANALISI DATI

1. Le tecnologie per l'estensione della conoscenza » 119
2. L'algoritmo e il necessario intervento umano » 123
3. Un'intelligenza artificiale per una buona amministrazione » 125
4. L'interpretazione e i rinnovati *grands arrêts* » 126

JEAN-BERNARD AUBY
CONCLUSIONI

1. Definizione del problema » 133
2. Il contratto pubblico come generatore di innovazione: l'innovazione attraverso gli appalti pubblici » 133
3. L'innovazione nei meccanismi contrattuali: l'innovazione nel quadro giuridico degli appalti pubblici » 134
4. Il contributo dell'innovazione attraverso e nei contratti pubblici all'innovazione economica, tecnologica e sociale generale » 135
5. Da un punto di vista giuridico, in cosa consiste fundamentalmente l'innovazione nei e attraverso i contratti pubblici? » 135

Bibliografia » 139

Notizie sugli Autori » 153

PREFAZIONE

Il Volume raccoglie gli esiti di ricerche e discussioni sui temi dell'innovazione, della digitalizzazione e della responsabilità nei contratti pubblici.

L'innovazione è certo enunciato polisenso in cui nel diritto, in specie quello pubblico, emergono differenti prospettive d'analisi, che solo per larga approssimazione sono ricondotte ad alcune note locuzioni di sintesi – sullo sviluppo sostenibile, ecologico, economico e sociale – che di per sé rivelano interessi non sempre convergenti e di cui il giurista è chiamato ad offrire il bilanciamento sia in sede sistemica sia per ciascun caso concreto.

Nel settore dei contratti pubblici è presa in considerazione anzitutto l'innovazione che può essere capace di produrre l'oggetto del contratto pubblico, bene o servizio, che è correlato alle modalità e agli strumenti integrati dagli sviluppi tecnologici e digitali che pervadono l'amministrazione pubblica. Più di recente assume interesse la digitalizzazione dei procedimenti amministrativi, tra cui non ultimi quelli che riguardano la stessa aggiudicazione dei contratti e il monitoraggio della relativa esecuzione.

La buona amministrazione come obiettivo di efficienza delle scelte pubbliche richiede di promuovere ed accogliere gli sviluppi organizzativi e funzionali tecnologicamente disponibili, unitamente alle analisi dati ed agli strumenti che al giurista mette a disposizione l'intelligenza artificiale.

A ciò si aggiunga che la disciplina giuridica di derivazione europea sui contratti pubblici pone norme speciali per i rapporti con gli interlocutori più innovativi, per così procedere alla stipulazione di *contratti di ricerca e sviluppo*, pre-commerciali o d'innovazione, sino a costituire veri e propri partenariati per l'innovazione pubblico-privati.

Il decisore pubblico è chiamato a favorire politiche industriali di sviluppo dell'innovazione per il soddisfacimento dei bisogni che appaiono d'interesse pubblico, ponendo l'acquirente pubblico come primo cliente dell'innovazione.

Con tale approccio si deve riconoscere che i modelli organizzativi d'acquisto pubblico divengono essi stessi strumento di innovazione, sia

per la migliore rilevazione dei fabbisogni, sia per le procedure di selezione, imponendo un'analisi dei *big data* sulle capacità delle organizzazioni private e delle pubbliche amministrazioni capace di rilevare dove resti conforme al principio di buona amministrazione una semplice messa a punto di contratti da tempo utilizzati, oppure dove invece si debba procedere a sperimentare l'innovazione.

Analisi sulle capacità produttive degli operatori economici, di quelle già presenti e di quelle anche solo potenziali che si possono convenientemente esprimere grazie a forme di aggregazione, di specializzazione, di sviluppo organizzativo o produttivo, che la persistenza di una domanda pubblica consente all'amministrazione di pretendere e al produttore di potere realizzare. Un grande processo di trasformazione di cui le istituzioni di governo debbono essere consapevoli, poiché è ormai chiaro da tempo che gran parte della politica industriale s'identifica oggi nella gestione dei contratti pubblici.

Processi di riorganizzazione degli operatori economici che inevitabilmente impongono ripercussioni sull'organizzazione pubblica di coloro che stipulano contratti e sono chiamati a controllarne l'esecuzione, determinando una simmetrica riconsiderazione degli enti la cui adeguatezza – a svolgere determinate funzioni o compiti – è fondamento costituzionale della relativa attribuzione.

L'innovazione pervade il ciclo completo dei contratti pubblici dalla definizione dei fabbisogni fino alla esecuzione e ai pagamenti, giovando delle tecnologie che, mediante analisi dati, intelligenza artificiale e piattaforme digitali interoperabili, possono assicurare efficienza, partecipazione, trasparenza e tempestività.

Il radicale cambiamento del paradigma dei contratti pubblici si evidenzia in forme peculiari nel settore dei contratti pubblici di lavori, ove, nelle rilevazioni dei fabbisogni, nella progettazione, selezione, esecuzione e gestione, gli strumenti della modellazione digitale permettono di integrare sul territorio l'opera pubblica già prevista nel gemello digitale "*digital twin*", che ne accompagna ogni fase con risparmi ed efficienze, anche predittive, sul lungo periodo.

Simili innovazioni richiedono un rinnovato patto di fiducia, di "collaborazione e buona fede" fra amministrazioni professionalmente ed organizzativamente adeguate e capaci operatori economici, che assicurino il perseguimento del comune interesse alla qualità e tempestività della selezione ed esecuzione dei contratti pubblici.

Per garantire l'innovazione nell'ambito strategico dei contratti pubblici in conformità con gli obiettivi del Piano Nazionale di Ripresa e Re-

silenza (PNRR), la nuova disciplina è chiamata a realizzare un sistema integrato di *e-procurement* e di effettiva transizione *nativa digitale* basata sullo sviluppo di piattaforme interconnesse che attuino e verifichino l'applicabilità delle nuove norme, verificando, per settori, sia la qualificazione degli operatori economici sia delle stazioni appaltanti al fine di selezionare organizzazioni specializzate e qualificate.

Così la verifica dei requisiti di qualificazione potrebbe svilupparsi come sistema ove attingere a dati continuamente aggiornati dagli operatori economici e messi a disposizione delle stazioni appaltanti come una certificazione verde (*green pass*) in adempimento del principio “*once-only*”.

Nelle conseguenti fasi di selezione debbono essere valorizzati gli elementi di qualità misurabile, realizzando un'effettiva correttezza e trasparenza, con l'attribuzione di punteggi a favore degli operatori economici più capaci e innovativi, consentendo una piena evidenza per i cittadini e i destinatari delle prestazioni.

Nella trasformazione digitale dello Stato “innovatore” anche gli strumenti di tutela devono assicurare effettività e concentrazione, privilegiando prospettive funzionali, verso la definizione di *standard* di azione (efficienza, efficacia ed economicità), con un riequilibrio di posizioni ed allocazione dei rischi, individuazione dei costi/benefici, dei profili assicurativi e con analisi dell'impatto delle decisioni amministrative e giurisdizionali.

Il presente Volume giova ed ha potuto contare su un'elaborazione di alcuni anni or sono che trae origine dalla discussione avviata nel Convegno presso il Consiglio di Stato “*Appalti pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove direttive*” (Roma, 14 maggio 2014) e in quella recente sviluppatasi nel Convegno “*Contratti pubblici e innovazioni*”, organizzato dal Consiglio di Stato con l'Università degli Studi di Torino il 6 aprile 2022 (con *Ius Publicum Network Review* e *Public Contracts in legal globalization network*).

Un Convegno, quest'ultimo, che voleva discutere le ricerche sviluppate dall'Università di Torino con colleghi internazionali (G.M. RACCA, C.R. YUKINS (a cura di), *Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders*, in *Droit Administratif / Administrative Law Collection* (Dir. by J.-B. Auby), n. 27, Bruylant, Bruxelles, 2019; G.M. RACCA, C.R. YUKINS (a cura di), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, in *Droit Administratif / Administrative Law Collection*, (Dir. by J.-B. Auby), n. 18, Bruylant, Bruxelles, 2014).

Si tratta di riflessioni che l'Università ha condiviso negli anni con il Consiglio di Stato rendendo comuni informazioni scaturite da progetti e ricerche di rilievo transfrontaliero come *Interreg Europe Smart Circular Procurement (CircPro)*, o dal precedente progetto *Healthy Ageing in Public Procurement of Innovation - HAPPI*, richiamato fra le *best practices* dalla Commissione UE, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni. Appalti pubblici efficaci in Europa e per l'Europa*, Strasburgo, 3 ottobre 2017 COM(2017) 572 final, dal quale si è sviluppato un Competence Center collegato al *Master in Strategie per l'Efficienza, l'Integrità e l'Innovazione nei contratti pubblici - SEIIC*, indicato dalla Commissione UE come esempio di professionalizzazione nel settore degli appalti pubblici e dell'anticorruzione (*ProcurCompEU. Study on professionalisation of public procurement in the EU and selected third countries; The strategic use of public procurement for innovation in the digital economy*).

In tal senso di grande interesse è il confronto in *ACA-Europe, Association of the Councils of State and Supreme Administrative Jurisdiction*, che vanta attualmente la presidenza dell'Italia.

Perciò il Convegno da cui è scaturito questo Volume ha consentito di avviare ed estendere il dialogo europeo e internazionale per diffondere idee fondate sulla "libera scienza" e aperte al necessario futuro confronto per una buona riforma dei contratti pubblici.

Vi si trovano interpretazioni e soluzioni innovative che, pur traendo forza dal medio periodo, si propongono al lettore come d'interesse per l'attualità, che contempla imminenti riforme sulla disciplina italiana sui contratti pubblici, che non sono originate da nuove direttive europee in materia, ma dal sentito interesse delle istituzioni italiane per una riforma del sistema la cui fonte è l'imminente delegazione legislativa in tal senso al Governo della Repubblica.

Torino-Roma, 19 maggio 2022

I Curatori

Roberto CAVALLO PERIN, Marco LIPARI, Gabriella M. RACCA

FRANCO FRATTINI

INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1. L'attuazione della delega per la nuova disciplina dei contratti pubblici e il divieto di *gold-plating*. – 2. La qualificazione delle stazioni appaltanti. – 3. La qualificazione delle imprese e il principio “*once-only*”. – 4. Le innovazioni digitali e l'effettività della tutela.

1. *L'attuazione della delega per la nuova disciplina dei contratti pubblici e il divieto di gold-plating*

L'incontro di oggi rappresenta un'occasione particolarmente importante e tempestiva e si inserisce nella tradizionale cooperazione di questo Istituto con l'Accademia che propone alla discussione gli esiti delle ricerche di ambito nazionale e internazionale a partire dal Volume curato da Gabriella M. Racca e Christopher R. Yukins, *Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders* (Bruylant, 2019), 27th volume of the *Administrative law/Droit Administratif Collection - Director: Jean-Bernard Auby*), che analizza le esperienze costruite intorno a questa materia e in parte attuate in altri Paesi.

Il tema oggetto della discussione è molto attuale perché, come sapete, il Consiglio di Stato ha l'onore di guidare l'Associazione tra le Corti Supreme Amministrative dei Paesi dell'Unione Europea per il biennio 2021/2023.

Uno degli obiettivi della Presidenza italiana è stimolare un ‘dialogo orizzontale’ tra le Corti europee su alcune grandi tematiche per avvicinare ulteriormente idee, orientamenti e favorire la creazione di *best practices* nei settori che, per tutti i Paesi con cui ci siamo confrontati, costituiscono tematiche di fondamentale interesse.

Lo sviluppo di un nuovo diritto amministrativo pronto a cogliere le sfide della digitalizzazione e dell'innovazione richiede simili collaborazioni, che sicuramente questo Istituto intende promuovere anche per il futuro, considerando l'imminente riforma della disciplina dei contratti pubblici.

Come noto, il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza ha previsto un duplice processo di riforma del settore dei contratti pubblici: il primo, attuato in via d'urgenza¹ e il secondo, da attuare mediante legge delega al Governo, entro giugno 2023.

Con larga maggioranza, il 9 marzo 2022 il Senato ha approvato il disegno di legge delega che passa ora all'esame della Camera. La legge delega sarà, quindi, emanata a breve e al Consiglio di Stato sarà affidata la redazione dell'"articolato normativo" da sottoporre al Governo per l'adozione del decreto o dei decreti legislativi che rechneranno la nuova disciplina dei contratti pubblici.

È in corso di formazione la commissione speciale incaricata della redazione del testo, la quale sarà composta da colleghi del Consiglio di Stato, da colleghi dei Tribunali Amministrativi Regionali e da personalità esperte, con particolare qualificazione, scelte tra avvocati e docenti universitari al fine di arricchire ulteriormente questo dialogo essenziale tra la Magistratura amministrativa, l'Accademia e il Foro. Si tratta di tre componenti essenziali dalla cui visione, dialogo e cooperazione emergeranno linee guida e punti comuni che assicureranno il successo del decreto delegato.

La commissione speciale, che avrà come interlocutore il Governo, avrà, inoltre, il potere e il diritto di audizione delle associazioni industriali, delle associazioni di consumatori e degli operatori dei settori che saranno toccati dalla riforma.

Le tematiche oggetto del decreto delegato, in parte già affrontate da alcuni dei colleghi che comporranno l'ampia commissione speciale, avranno come obiettivo la razionalizzazione, il riordino e la semplificazione della disciplina dei contratti pubblici, che richiede una attuazione conforme alle sfide della modernità, con un limite al *gold-plating*, espressamente richiesto dal Presidente del Consiglio dei Ministri, ma anche gli ulteriori aggravamenti del sistema normativo attuale, che non sono formalmente definibili come *gold-plating* ma che risultano in alcune complicazioni microprocedimentali, con aggravamento degli adempimenti delle singole fasi².

¹ Decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito con l. 29 luglio 2021, n. 108, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, recante governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure*.

² Art. 1, c. 1, d.d.l. 2330-A, *Delega al Governo in materia di contratti pubblici*, approvato dal Senato il 9 marzo 2022: "Il Governo è delegato ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi recanti la disciplina dei con-

Con riferimento a questo aspetto, l'obiettivo è che le norme siano comprensibili dal cittadino e dall'impresa e non solo dagli addetti ai lavori. Si tratta di un obiettivo generale che il Consiglio di Stato intende perseguire anche alla luce della Convenzione conclusa con l'Accademia della Crusca avente ad oggetto gli aspetti linguistici dei testi³. Il metodo di analisi linguistica preventiva varrà sia per la redazione del decreto delegato sia per le decisioni che verranno adottate dalla magistratura amministrativa.

Si pone un secondo problema dato dall'effettiva applicazione del testo normativo. La riforma non si concluderà con l'adozione della legge, ma inizierà nel momento in cui la legge entrerà in vigore. Occorre, quindi, accompagnare la stesura delle norme con strumenti che permetteranno alle norme di essere immediatamente applicate quali la creazione e l'utilizzo di piattaforme digitali: se ci limitassimo a trasferire quello che è oggi cartaceo, scoordinato e inefficiente, nel digitale, andremmo solo a digitalizzare l'inefficienza. Occorre pertanto muoversi in parallelo rispetto alla stesura delle norme e sarà nostra cura promuovere, con esperti in materia, lo sviluppo di piattaforme native digitali.

2. *La qualificazione delle stazioni appaltanti*

Il tema della qualificazione delle stazioni appaltanti è di centrale importanza nel processo di riforma dei contratti pubblici. L'aggregazione delle gare non significa gare enormi, ma richiede strategie competitive, articolate in lotti, in funzione del mercato di riferimento. Tali strategie richiedono una profonda conoscenza del mercato di riferimento locale e globale per perseguire una pluralità di obiettivi che assicurino l'efficienza e la qualità, lo sviluppo del mercato, la crescita dei piccoli operatori, l'innovazione, la sostenibilità e i principi dell'economia circolare⁴.

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

³ L'accordo stipulato tra l'Accademia della Crusca e l'Ufficio Studi della Giustizia Amministrativa l'11 giugno 2019, con durata di quattro anni, è finalizzato al miglioramento delle tecniche di redazione dei provvedimenti giurisdizionali e dei pareri consultivi.

⁴ Art. 1, c. 2, lett. e), d.d.l. 2330-A, cit.: "*semplificazione delle procedure finalizzate alla*

Un sistema di centrali d'acquisto specializzate, come il modello francese e britannico, consentirebbe, soprattutto nel settore sanitario, di assicurare un servizio di gare realizzate e messe a disposizione di altre amministrazioni utilizzatrici che non dispongono delle capacità e che non potranno essere tutte riqualficate per poter svolgere adeguatamente la funzione appalti. Una prospettiva che apre a strategie di specializzazione di centrali d'acquisto, anche superando i limiti territoriali, per coprire più settori per lo sviluppo di politiche industriali che favoriscano la crescita e l'innovazione delle piccole e medie imprese.

Il meccanismo di specializzazione non predica affatto l'unicità del sistema di centrali d'acquisto. È ben possibile un *'joint procurement system'* che permetta a diversi modelli di cooperare insieme onde consentire anche alle PMI di accedere alle procedure di gara più significative⁵. Non si immagina certamente un sistema unico, esclusivo e vincolato; tuttavia, si impone a chi vuole fare da solo di saper fare da solo.

Il Ministro E. Giovannini ci ha raccontato che, in Italia, si stima l'esistenza di 43.000 stazioni appaltanti; il Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, Avv. G. Busia, ha evidenziato recentemente come in realtà le stazioni appaltanti siano circa 60.000. Questo contesto rende molto difficile la sfida che stiamo per affrontare.

La realizzazione di centrali d'acquisto specializzate è utile anche perché lo snellimento e la formazione delle stazioni appaltanti può servire a mettere a disposizione il sistema a favore di altre stazioni appaltanti in modo che nessuno cerchi di creare il suo modello con conseguente proliferare delle occasioni di contenzioso di fronte al giudice amministrativo. La traiettoria da seguire è pertanto quella della qualità e della quantità appropriata al bisogno.

Le gare digitali mettono a disposizione delle amministrazioni utilizzatrici i beni e servizi necessari, che possono essere scelti "a scaffale", poiché già sottoposti a confronto competitivo, "già sottoposti a gara". Scelta che si basa sulla quantità e qualità più appropriate rispetto al bisogno con una semplificazione delle modalità di adesione e acquisto (modello *"click and buy"*), senza eludere le garanzie dello svolgimento di una

realizzazione di investimenti in tecnologie verdi e digitali, nonché in innovazione e ricerca, anche al fine di conseguire gli obiettivi dell'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile".

⁵ Art. 1, c. 2, lett. c), d.d.l. 2330-A, cit.: *"previsione, al fine di favorire la partecipazione da parte delle micro e piccole imprese, della possibilità di procedere alla suddivisione degli appalti in lotti sulla base di criteri qualitativi o quantitativi, nonché del divieto di accorpamento artificioso dei lotti, in coerenza con i principi dello Small Business Act"*.

procedura di gara pubblica, trasparente e tracciabile (di particolare rilevanza per gli acquisti sotto soglia, da rendere più agili e celeri)⁶.

Occorre ragionare anche sui modelli di piattaforme elettroniche attraverso la creazione di speciali algoritmi che possano governare fasi più o meno rilevanti della procedura lasciando pur sempre il controllo finale alla persona. Non si può escludere l'operatore umano rispetto a meccanismi che non sono neutrali perché dipendono da elementi inseriti dall'operatore. Il rischio, già registrato in altri settori, è di avere immissioni di dati nel rispetto di criteri non neutrali che comportano il rischio di un risultato discriminatorio.

Occorre saper combinare l'uso ben calibrato dello strumento dell'algoritmo con la presenza e la qualità delle commissioni giudicatrici. La qualificazione professionale costituisce un ulteriore elemento da valorizzare.

3. *La qualificazione delle imprese e il principio "once-only"*

Occorre accentrare anche le piattaforme che acquisiscono informazioni. Esistono diverse banche dati che raccolgono informazioni e che non sempre sono interoperabili. La piena interconnessione tra le banche dati permette di svolgere più velocemente la fase di qualificazione degli operatori economici. Oltre all'efficienza degli operatori, è importante assicurare un mercato aperto in cui anche i piccoli e medi operatori abbiano uguali opportunità di accedere al mercato.

In questa prospettiva occorre dare attuazione al principio della collaborazione in buona fede⁷. Senza il rispetto di tale principio e senza l'applicazione del principio di trasparenza tra amministrazioni e operatori economici non si svilupperà un interesse comune allo sviluppo del paese. Questo è uno dei punti fermi che troverà riconoscimento nel nuovo codice degli appalti.

⁶ Art. 1, c. 2, lett. d), d.d.l. 2330-A, cit.: *“semplificazione della disciplina applicabile ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea, nel rispetto dei principi di pubblicità, di trasparenza, di concorrenzialità, di non discriminazione, di proporzionalità, nonché di economicità, di efficacia e di imparzialità dei procedimenti”*.

⁷ Art. 1, c. 2-bis, l. 7 agosto 1990, n. 241, *Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*, comma introdotto dall'art. 12, c. 1, lett. 0a), decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito con l. 11 settembre 2020, n. 120, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, recante «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitali»*, Decreto Semplificazioni: *“I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede”*.

Una effettiva semplificazione potrebbe essere perseguita anche con la separazione della fase di qualificazione degli operatori economici, in attuazione del principio “*once-only*”. La realizzazione di piattaforme che acquisiscono le informazioni dalle banche dati delle pubbliche amministrazioni può consentire la verifica, in tempo reale, della qualificazione degli operatori economici. Una larga parte del contenzioso potrebbe così essere evitato, con una effettiva semplificazione⁸.

Oggi, in altri ordinamenti, troviamo cerimonie importanti per il conferimento di “*awards*” al miglior appaltatore pubblico e alla migliore stazione appaltante, diffondendo in tal modo le buone pratiche sperimentate. Questo premio, mediante formule da adattare secondo le esigenze dell’ordinamento italiano, potrebbe essere un incentivo a fare meglio per poter essere segnalati come soggetti realmente affidabili. Le regole giuridiche sulla selezione del contraente potranno essere inserite come documenti nativi digitali in piattaforme interoperabili con altri portali che assicurino pubblicità, trasparenza e tracciabilità nonché la diretta partecipazione delle imprese interessate.

4. *Le innovazioni digitali e l’effettività della tutela*

I nuovi strumenti contrattuali devono trovare un giudice amministrativo pronto a cogliere le sfide dell’innovazione e ad assicurare la necessaria tutela, avendo una rinnovata e più penetrante conoscenza e tracciabilità dei fatti che permetta di individuare i nuovi sintomi degli “sviamenti digitali”, degli algoritmi discriminatori che i giudici amministrativi sapranno contrastare.

Le innovazioni digitali richiedono il fondamentale contributo della giustizia amministrativa per assicurare effettività e concentrazione della tutela.

Per realizzare questi obiettivi occorre una collaborazione tra l’Accademia, la Giustizia Amministrativa e il Foro poiché senza questa cooperazione le visioni possono, anche solo in parte, divergere. Occorre tro-

⁸ Art. 1, c. 2, lett. q), d.d.l. 2330-A, cit.: “*revisione e semplificazione del sistema di qualificazione generale degli operatori, valorizzando criteri di verifica formale e sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche e professionali, dell’adeguatezza dell’attrezzatura tecnica e dell’organico, delle attività effettivamente eseguite e del rispetto della legalità, delle disposizioni relative alla prevenzione antimafia, alla tutela del lavoro e alla prevenzione e al contrasto della discriminazione di genere, anche attraverso l’utilizzo di banche dati a livello centrale che riducano le incertezze in sede di qualificazione degli operatori nelle singole procedure di gare*”.

vare dei punti fermi di convergenza perché solo così si possono comprendere i mutamenti che si susseguono nel tempo. Il complesso di norme che puntiamo a realizzare dovrà essere caratterizzato anche dalla flessibilità cioè dalla capacità di sapersi adattare senza dover essere sempre integrato, specificato e migliorato.

Con il codice degli appalti e i vari correttivi si è assistito proprio a questo: io presiedetti la prima delle commissioni speciali chiamata ad esprimere pareri sul primo dei testi proposti come decreto delegato e vennero fatti 190 rilievi su circa 200 articoli. Dei 190 rilievi effettuati, ne vennero accolti meno di un terzo. Il Parlamento a quel punto fu costretto a proporre il primo correttivo e, anche in questo caso, vennero ignorati i correttivi. Poi, ci fu il secondo correttivo e nuovamente i rilievi vennero ignorati.

Il testo del nuovo codice dovrà essere semplice e comprensibile e, parallelamente, coloro che hanno poteri di decisione politica dovranno comprendere che se c'è un rilievo occorre considerarlo onde evitare di tornarci successivamente.

Iniziando a lavorare ora, contiamo di presentare al Governo la bozza entro il mese di novembre. In questo modo, in primavera, il testo potrà entrare in vigore. Se, parallelamente, verrà fatto tutto quanto necessario per la realizzazione delle piattaforme informatiche, per la formazione delle stazioni appaltanti, avremo un testo che non resterà sulla carta, ma potrà essere reso immediatamente operativo con modelli o settori sperimentali. L'idea della specializzazione delle stazioni appaltanti ci può consentire di mandare avanti come progetto pilota alcuni settori, quale ad esempio la sanità, e nel frattempo rendere operativi altri settori. In questo modo, sarà possibile testare da subito il funzionamento del sistema degli appalti almeno in un settore.

Alla luce di tutto quanto descritto, il codice che verrà redatto sarà il frutto di un ampio approfondimento. Questo è il metodo che dovrà essere perseguito.

GABRIELLA M. RACCA

LE INNOVAZIONI NECESSARIE
PER LA TRASFORMAZIONE DIGITALE E SOSTENIBILE
DEI CONTRATTI PUBBLICI

SOMMARIO: 1. La trasformazione digitale dei contratti pubblici per l’attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. – 2. La qualificazione delle stazioni appaltanti e la necessaria specializzazione. – 3. La semplificazione della qualificazione delle imprese secondo il principio del “*once-only*”. – 4. Il principio della collaborazione e della buona fede.

1. *La trasformazione digitale dei contratti pubblici per l’attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*

I contratti pubblici costituiscono uno strumento strategico per superare l’emergenza ed attuare il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. Si è detto “nulla sarà più come prima” e ora occorre realizzare la trasformazione digitale mediante l’interconnessione di banche dati e la realizzazione di piattaforme native digitali per la qualificazione degli operatori economici, la programmazione, la progettazione, la selezione e il monitoraggio dei contratti pubblici¹.

Occorre prevedere nuove modalità di collaborazione tra le Corti, l’Accademia e il Foro, con le stazioni appaltanti e le imprese, per avanzare insieme nell’elaborazione di un nuovo sistema che realizzi il cambio di paradigma necessario per affrontare le sfide future².

Il Volume “*Joint Public Procurement and Innovation. Lessons Across Borders*”³ dal 2019 è divenuto ancor più attuale, sia per il profilo di ana-

¹ G.M. RACCA, *La digitalizzazione necessaria dei contratti pubblici: per un’Amazon pubblica*, in *DPCE online*, 45, n. 4/2021, 4669-4706.

² Come affermato da: F. FRATTINI, in questo Volume.

³ Si rinvia al Volume in discussione: G.M. RACCA, C.R. YUKINS (a cura di), *Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders*, in *Droit Administratif / Administrative Law Collection* (Dir. by J.-B. AUBY), no. 27, Bruxelles, Bruylant, 2019, sulle potenzialità e i rischi dell’innovazione anche mediante gli appalti congiunti transfrontalieri in Unione Europea e negli Stati Uniti.

lisi del *joint procurement*, sia sull'*innovation*, perché prima della pandemia gli appalti congiunti nazionali e transfrontalieri erano di interesse per pochi. L'emergenza ha reso evidente quanto è stato necessario cooperare fra acquirenti pubblici per l'acquisto di presidi sanitari in ambito nazionale, europeo e sovranazionale e ancor più lo sarà anche per affrontare le crisi attuali relative all'energia ed alle materie prime⁴.

Soprattutto le criticità emerse con l'emergenza hanno evidenziato la necessità di cooperazione amministrativa nazionale e transfrontaliera⁵, poiché la conoscenza dei mercati e delle procedure di approvvigionamento non si improvvisano, soprattutto quando possono essere pregiudicati i diritti fondamentali dei cittadini⁶. Ci si è resi conto che, se non si è abituati a collaborare, nell'emergenza si creano chiusure e una grave competizione rovesciata, fra amministrazioni e fra Stati europei, a danno dei cittadini⁷.

⁴ G.M. RACCA, voce *Salute*, in *Enc. dir., I tematici. III. Funzioni amministrative*, Giuffrè, Milano, 2022, 995-1015. La previsione del *Joint Procurement Agreement* («JPA») ex art. 5, Decisione n. 1082/2013/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2013, ha evidenziato profili di criticità in risposta all'emergenza pandemica, tra cui la difficoltà per la DG Salute di procedere rapidamente all'approvvigionamento. Sul tema G. SDANGANELLI, *Il modello europeo degli acquisti congiunti nella gestione degli eventi rischiosi per la salute pubblica*, in *DPCE online*, 43, n. 2/2020, 2323-2346. Si vedano anche le recenti iniziative di acquisto congiunto transfrontaliero di armamenti secondo il modello sperimentato per l'acquisto dei vaccini: COMMISSIONE UE, *Joint Communication to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the Defence Investment Gaps Analysis and Way Forward Brussels*, 18.5.2022 Join(2022) 24 Final.

⁵ Si veda, di recente: S. ARROWSMITH, L. RA BUTLER, A. LA CHIMIA, C. YUKINS (eds.), *Public Procurement Regulation in (a) Crisis? Global Lessons from the COVID-19 Pandemic*, Hart Publishing, 2021. Cfr. L. FOLLIOT LALLIOT, C.R. YUKINS, *COVID19: Lessons learned in public procurement. Time for a new normal?*, in *Concurrences*, n. 3/2020, 46-58; G.L. ALBANO, *Homo homini lupus: on the consequences of buyers miscoordination in emergency procurement for the COVID-19 crisis in Italy*, in *Public Procurement Law Review*, n. 2/2020, 213-219.

⁶ L'importanza della funzione sanitaria giustifica un progressivo aumento della spesa nell'acquisizione di beni e servizi innovativi in relazione all'evidenza tecnico-scientifica e impone di evitare ogni dispersione di risorse per l'incapacità e le inefficienze gestionali con conseguente frammentazione degli affidamenti di servizi, lavori e forniture, come evidenziato anche dagli interlocutori europei e internazionali. Si veda in questo senso il *White Paper* realizzato dal WORLD ECONOMIC FORUM, *Guidelines for AI Procurement*, settembre 2019, applicabile anche alla sanità, considerata "*topic of great social concern*".

⁷ G.M. RACCA, *Principles of joint cross-border public contracts and transnational effects*, in S. DE LA ROSA, P. VALCARCEL FERNANDEZ, *Les principes des contrats publics en Europe/Principles of public contracts in Europe*, in *Droit Administratif / Administrative Law Collection* (Dir. by J.-B. AUBY), no. 30, Bruxelles, Bruylant, 2022, 555-578; G.M. RACCA, voce *Salute*, cit., 995-1015.

Il Volume evidenzia che, se le Direttive europee intendevano aprire il mercato europeo degli appalti pubblici, in realtà questo non è avvenuto perché gli operatori economici normalmente non sono attrezzati per conoscere ventisette sistemi normativi e modalità di partecipazione alle gare pubbliche. La partecipazione transfrontaliera resta sotto il 4% a causa delle barriere giuridiche e anche linguistiche, che possono essere superate con la cooperazione transfrontaliera sul lato della domanda pubblica⁸. Per questo l'idea di aggregare la domanda pubblica e comprare insieme, in Europa, fra due o più paesi, permette di rafforzare il potere d'acquisto pubblico, rispetto alle grandi multinazionali, ad esempio nella sanità, o in ogni caso, in ambiti in cui la debolezza della parte pubblica sia resa evidente dalle analisi di mercato⁹. È da ricordare la disposizione europea che “vieta” agli Stati Membri di “vietare” alle amministrazioni aggiudicatrici di aderire ad attività di centralizzazione delle committenze svolte da amministrazioni aggiudicatrici addirittura di altri Stati Membri¹⁰. “Divieto di vietare” che evidenzia invero il favore del-

⁸ In un recente studio è emerso come negli ultimi anni gli acquisti transfrontalieri hanno rappresentato solo il 4,1% del totale degli appalti pubblici con soglia inferiore a 200 milioni di euro e il 5,5% per quelli superiori a 200 milioni di euro. Inoltre, il numero di imprese aggiudicatarie di contratti (per il medesimo valore e periodo) è di 50.000. La maggior parte di queste aziende (57%) non erano PMI. Ciò significa che le grandi società rimangono le protagoniste del mercato degli appalti pubblici transfrontalieri con il 69,5% degli appalti transfrontalieri diretti e il 79,1% di quelli indiretti. Si veda COMMISSIONE UE, *Study on the measurement of cross-border penetration in the EU public procurement market*, marzo 2021. Altri studi segnalano come gli appalti congiunti non sempre risultino adeguati al contesto di riferimento, per esempio nel settore sanitario, ove occorre una valutazione caso per caso ricorrendo ad un'analisi costi-benefici: EXPERT PANEL ON EFFECTIVE WAYS OF INVESTING IN HEALTH - EXPH, *Public Procurement in Healthcare Systems*, 2021. Si veda: R. CAVALLO PERIN, G.M. RACCA, *European Joint Cross-border Procurement and Innovation*, in G.M. RACCA C.R. YUKINS (a cura di), *Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders*, cit., 93-131. Le barriere giuridiche (in particolare quelle relative ai servizi sanitari, alla regolamentazione del lavoro, alle tasse, allo sviluppo delle imprese) rappresentano tutt'ora i principali ostacoli alla cooperazione transfrontaliera: COMMISSIONE UE, *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio su un meccanismo per risolvere gli ostacoli giuridici e amministrativi in un contesto transfrontaliero*, COM/2018/373 final - 2018/0198.

⁹ COMMISSIONE UE, *Support of the internal market policy for growth: Feasibility study concerning the actual implementation of a joint cross-border procurement procedure by public buyers from different Member States*, report realizzato da BBG e SKI, Brussels, dicembre 2016, spec. 75-80, con una sezione dedicata all'analisi costi-benefici (*Cost Benefit Analysis - CBA*) dei più rilevanti esempi di appalti transfrontalieri congiunti tra cui il progetto *Healthy Ageing in Public Procurement of Innovation - HAPPI* (su cui si veda anche *infra*, nota 22).

¹⁰ Art. 39, par. 2, Direttiva 24/2014/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE: “Uno Stato membro non vieta alle sue amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere ad attività di centralizzazione delle committenze offerte da centrali di committenza ubicate in un altro Stato membro”.

l'ordinamento europeo per simili forme di collaborazione, che potrebbero consentire di cogliere tutti i vantaggi del mercato interno¹¹. L'attuazione di simili forme di cooperazione amministrativa permette di definire reti fra amministrazioni aggiudicatrici o fra centrali di committenza nello spazio amministrativo europeo¹². Sorprende che tali opportunità non siano state colte e sviluppate nelle loro più estese possibilità come in altri ordinamenti¹³ nel recepimento italiano delle direttive europee sui contratti pubblici, laddove si è consentita la mera adesione ad accordi quadro aggiudicati da centrali di committenza che svolgano attività di grossisti escludendo quelle di intermediario¹⁴. Si tratta di una scelta da ripensare in attuazione della futura delega per favorire le opportunità di collaborazione e sviluppo per gli operatori economici nazionali¹⁵. Le strategie di acquisto congiunto favoriscono infatti l'ingresso più rapido sul

¹¹ R. CAVALLO PERIN, G.M. RACCA, *European Joint Cross-border Procurement and Innovation*, cit., 124; R. CAVALLO PERIN, G.M. RACCA, *Administrative Cooperation in the Public Contracts and Service Sectors for the Progress of European Integration*, in F. MERLONI, A. PIOGGIA (eds.), *European Democratic Institutions and Administrations*, Giappichelli, Torino, 2018, 265-296; G.M. RACCA, R. CAVALLO PERIN, voce *Cooperazione amministrativa europea*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, aggiornamento, Utet Giuridica, Milano, 2017, 191-208.

¹² G.M. RACCA, R. CAVALLO PERIN, voce *Cooperazione amministrativa europea*, cit., spec. 202.

¹³ Per un esempio di “copy out” in Gran Bretagna: The Public Contracts Regulations - PCR, 2015, art. 39, no. 3: “Contracting authorities shall be free to use centralised purchasing activities offered by central purchasing bodies located in another member State”. Analoghe disposizioni si ritrovano anche nel recepimento francese (Code de la commande publique, *ordonnance 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics*, art. 26, come sostituito dall'ordonnance 2015-899 du 23 juillet 2015 *relative aux marchés publics*, art. L. 2113-5: “l'acheteur peut recourir à une central' d'achat située dans un autre Etat membre de l'Union européenne, à condition que ce choix n'ait pas été fait dans le but de se soustraire à l'application de dispositions nationales qui intéressent l'ordre public. La loi alors applicable au marché est la loi de l'Etat membre dans lequel est située la centrale d'achat”), esperienze descritte in: G.M. RACCA, *Central Purchasing Bodies in Italy: Reluctance and Challenges*, in C. RISVIG HAMER, M. COMBA, *Centralising Public Procurement. The Approach of EU Member States*, European Procurement Law series, Elgar Publishing, 2021, 220-238.

¹⁴ Art. 37, c. 13, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, *Codice dei contratti pubblici*: “Le stazioni appaltanti possono ricorrere ad una centrale di committenza ubicata in altro Stato membro dell'Unione europea solo per le attività di centralizzazione delle committenze svolte nella forma di acquisizione centralizzata di forniture e/o servizi a stazioni appaltanti; la fornitura di attività di centralizzazione delle committenze da parte di una centrale di committenza ubicata in altro Stato membro è effettuata conformemente alle disposizioni nazionali dello Stato membro in cui è ubicata la centrale di committenza”. Su tali aspetti si veda già: G.M. RACCA, *La contrattazione pubblica come strumento di politica industriale*, in C. MARZUOLI, S. TORRICELLI (a cura di), *La dimensione sociale della contrattazione pubblica. Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, 171-193, spec. 178-179.

¹⁵ G.M. RACCA, *La digitalizzazione necessaria dei contratti pubblici: per un'Amazon pubblica*, cit., spec. 4699.

mercato anche di beni e servizi innovativi, che diversamente non riuscirebbero facilmente a superare i confini nazionali o locali¹⁶. Se la spesa europea per appalti pubblici di lavori, servizi e forniture raggiunge attualmente circa il 16% del PIL dell'Unione Europea¹⁷, meno del 5% di questa spesa è destinata ad appalti innovativi¹⁸. Il favore europeo per l'innovazione e verso le stazioni appaltanti che sappiano divenire i "primi acquirenti" (*first client*) dell'innovazione costituisce strumento di integrazione¹⁹, di politica industriale²⁰, per assicurare la sostenibilità sociale e ambientale, in conformità ai principi dell'economia circolare²¹.

Le esperienze sono numerose e promettenti²² e gli obiettivi, già posti nelle direttive europee del 2014, sembrano condurre ad un sistema in-

¹⁶ I. LOCATELLI, *Process Innovation Under the New Public Procurement Directives*, 31-63, nonché J.-B. AUBY, *Public Contracts and Smart Cities*, 187-194, entrambi in G.M. RACCA, C.R. YUKINS (a cura di), *Joint Public procurement and Innovation. Lessons Across Borders*, cit.

¹⁷ COMMISSIONE UE, *Study on the measurement of cross-border penetration in the EU public procurement market*, cit.

¹⁸ COMMISSIONE UE, *Orientamenti in materia di appalti per l'innovazione*, 18 giugno 2021 C(2021) 4320 final, spec. 13. Nell'esperienza transatlantica e di altri ordinamenti extraeuropei, si è scelto di destinare una determinata percentuale del bilancio per gli appalti pubblici alla ricerca, allo sviluppo e all'innovazione: gli Stati Uniti intendono spendere almeno 500 milioni di USD (circa il 2,5% del PIL) in appalti di ricerca e sviluppo; la Corea del Sud mira a spendere il 5% delle risorse destinate agli appalti pubblici nello sviluppo e il 20% nella diffusione di soluzioni innovative.

¹⁹ Sulla diversa prospettiva sull'aggregazione degli acquisti, che in Europa viene promossa come strumento di integrazione, mentre negli USA come strumento di efficienza: J.B. KAUFMAN, *Cooperative Purchasing: A US Perspective*, in G.M. RACCA, C.R. YUKINS (a cura di), *Joint Public Procurement and Innovation. Lessons Across Borders*, cit., 65-91.

²⁰ Si veda: J.-B. AUBY, in questo Volume.

²¹ COMMISSIONE UE, *Accelerating the transition to the circular economy. Improving access to finance for circular economy projects*, marzo 2019. Si veda CONSIGLIO UE, *Conclusioni del Consiglio. Investimenti pubblici mediante appalti pubblici: ripresa sostenibile e rilancio di un'economia dell'UE resiliente*, 2020/C 412 I/01, 30.11.2020. Si veda il progetto *Interreg Europe Smart Circular Procurement* (CircPro, www.interregeurope.eu/circpro/), che ha ad oggetto l'innovazione attraverso gli appalti circolari tramite la realizzazione di *guidebook* per favorire la conoscenza sul tema e rafforzare il dialogo tra *procurers* e fornitori per incidere sulle politiche locali (principalmente a base regionale). *Partners* per l'Italia sono la Regione Piemonte e l'Università degli Studi di Torino. Sulla transizione ecologica nel quadro dell'economia circolare: M. COCCONI, *The trajectory of the circular economy under the European Green New Deal*, in *Ius Publicum Network Review*, n. 2/2020. Sull'efficienza dei servizi e delle infrastrutture tramite l'innovazione: M. DEMICHELIS, *Innovazioni nell'uso degli spazi pubblici post-pandemia: il caso italiano nel contesto europeo*, in *DPCE online*, 43, n. 2/2020, 2463 ss.

²² COMMISSIONE UE, *Support of the internal market policy for growth: Feasibility study concerning the actual implementation of a joint cross-border procurement procedure by public buyers from different Member States*, report realizzato da BBG e SKI, Brussels, dicembre 2016, cit.; COMMISSIONE UE, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni. Appalti pubblici ef-*

tegrato di *e-procurement* che potrà sviluppare e promuovere l'innovazione, senza la paura di perdere quote di mercato, ma con la certezza, resa evidente dai dati, che gli operatori economici innovativi potranno diffondere, più facilmente, le innovazioni prodotte anche nel nostro paese.

Innovazione significa digitalizzazione completa e nativa del ciclo dei contratti pubblici, con il superamento di quella che è stata una mera dematerializzazione attuata mediante il passaggio dalla carta al documento informatico, per attuare sistemi di *e-procurement* che evolvano nella piena transizione digitale e permettano di integrare i dati fra differenti piattaforme interoperabili²³. L'Unione Europea impone l'adozione "nativa digitale" dei documenti di gara entro il 2023, con nuovi formulari digitali *standard* generati automaticamente, anche per la pubblicazione di bandi e avvisi sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione²⁴.

ficaci in Europa e per l'Europa, Strasburgo, 3.10.2017 COM(2017) 572 final, spec. 4, laddove si cita il progetto *Healthy Ageing in Public Procurement of Innovation* - HAPPI di cui è stata partner l'Università degli Studi di Torino, come *best practice* di acquisto transfrontaliero congiunto di soluzioni innovative. Il progetto HAPPI (in www.masterseiic.it/happi/), finanziato dalla Commissione europea (rif. Call "*Supporting Public Procurement of Innovative Solutions: Networking And Financing Procurement*" ENT/ CIP/11/C/N02C011), ha rappresentato, ancora prima del recepimento delle Direttive europee del 2014, una prima concreta esperienza di appalto pubblico congiunto innovativo nel settore dell'invecchiamento attivo e in buona salute, la cui elaborazione è stata sviluppata da un consorzio di partner europei composto da organizzazioni pubbliche di acquisto (centrali di committenza: *Réseau des Acheteurs Hospitaliers d'Ile-de-France* - Resah - IDF - Francia; *MercurHosp - Mutualisation Hospitalière* Belgio; Società di Committenza Regionale Piemonte - SCR Piemonte - Italia; *Fédération des Hôpitaux Luxembourgeois* - Lussemburgo; *NHS Commercial Solutions* - Regno Unito), esperti nel settore dell'innovazione e degli appalti pubblici (BPIFRANCE - Francia; BITECIC Ltd - Regno Unito; ICLEI - Germania) e istituzioni accademiche (*Ecole des Hautes Etudes en Santé Publique* - Francia; Università degli Studi di Torino - Italia). Si veda: G.M. RACCA, *Appalti transfrontalieri congiunti di soluzioni innovative nel settore dell'assistenza sanitaria. Da un'esperienza pionieristica alle innovazioni post pandemia per i contratti pubblici*, Progetto Happi, 2022, in corso di pubblicazione. Sull'evoluzione del progetto: S. PONZIO, *Joint Procurement and Innovation in the new EU Directive and in some EU-funded projects*, in *Ius Publicum Network Review*, n. 2/2014.

²³ Superando la mera trasposizione della carta su supporto informatico: COMMISSIONE UE, Expert Group on eProcurement (EXEP), *Interoperability in end-to-end eProcurement*, Publications Office, Bruxelles, 2020. Sulla necessità di procedere in parallelo con la sperimentazione di piattaforme native digitali e per la stesura delle nuove norme attuative della delega si vedano: F. FRATTINI, in questo Volume e G.M. RACCA, *La digitalizzazione dei contratti pubblici: adeguatezza delle pubbliche amministrazioni e qualificazione delle imprese*, in R. CAVALLI PERIN, D.-U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Giapichelli, Torino, 2020, 321-341.

²⁴ Imposta dall'Unione europea con il *Regolamento di esecuzione (UE) 2019/1780 della Commissione del 23 settembre 2019 che stabilisce modelli di formulari per la pubblica-*

Il disegno di legge delega apre a queste trasformazioni che non potranno non essere colte dal Consiglio di Stato²⁵ che avrà compito di ridefinire regole giuridiche sperimentandole direttamente sulle piattaforme sviluppate per la transizione digitale della funzione appalti²⁶.

2. *La qualificazione delle stazioni appaltanti e la necessaria specializzazione*

Il disegno di legge delega richiede la qualificazione delle stazioni appaltanti²⁷, da realizzare con la specializzazione delle centrali di commit-

zione di avvisi e bandi nel settore degli appalti pubblici e che abroga il regolamento di esecuzione (UE) 2015/1986 («formulari elettronici»). Di recente, l'ANAC ha preso parte ad un progetto europeo (ENEIDE - acronimo di *eNotification and ESPD Integration for Developing Eprocurement*, parte del progetto CEF - azione n. 2018-IT-IA-0170) fra i cui obiettivi rientra la semplificazione della pubblicazione dei bandi, delle rettifiche e degli esiti di gara a livello europeo, riconducendo ad un unico flusso l'invio dei dati alla Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici e la loro pubblicazione sul *Tender Electronic Daily* (TED); la predisposizione di un formato interoperabile per il Documento di gara unico europeo che sarà messo a disposizione delle piattaforme di acquisto e negoziazione, direttamente interconnesso con il nuovo fascicolo virtuale dell'operatore economico; la pubblicazione dei dati della Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici nel formato *Open Contracting Data Standard*. Si veda: R. CAVALLO PERIN, I. ALBERTI, *Atti e procedimenti nativi digitali*, in R. CAVALLO PERIN, D.-U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, 2020, 119-158.

²⁵ Art. 1, c. 4, d.d.l. 2330-A, *Delega al Governo in materia di contratti pubblici*, approvato dal Senato il 9 marzo 2022: "Ove il Governo, nell'attuazione della delega di cui al presente articolo, intenda esercitare la facoltà di cui all'articolo 14, numero 2°, del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, di cui al regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054, il Consiglio di Stato si avvale, al fine della stesura dell'articolato normativo, di magistrati di tribunale amministrativo regionale, di esperti esterni e rappresentanti del libero foro e dell'Avvocatura generale dello Stato, i quali prestano la propria attività a titolo gratuito e senza diritto al rimborso delle spese. Sugli schemi redatti dal Consiglio di Stato non è acquisito il parere dello stesso". Si vedano: M. LIPARI e F. RISSO, in questo Volume.

²⁶ Come affermato da F. FRATTINI, in questo Volume.

²⁷ Art. 1, c. 2, lett. b), d.d.l. 2330-A, cit., laddove si prevede che l'attuazione della delega avvenga nel rispetto dei seguenti principi: "ridefinizione e rafforzamento della disciplina in materia di qualificazione delle stazioni appaltanti, afferenti ai settori ordinari e ai settori speciali, al fine di conseguire la loro riduzione numerica, nonché l'accorpamento e la riorganizzazione delle stesse, anche mediante l'introduzione di incentivi all'utilizzo delle centrali di committenza e delle stazioni appaltanti ausiliarie per l'espletamento delle gare pubbliche; definizione delle modalità di monitoraggio dell'accorpamento e della riorganizzazione delle stazioni appaltanti; potenziamento della qualificazione e della specializzazione del personale operante nelle stazioni appaltanti, anche mediante la previsione di specifici percorsi di formazione, con particolare riferimento alle stazioni uniche appaltanti e alle centrali di committenza che operano a servizio degli enti locali".

tenza, secondo i più avanzati modelli francesi²⁸ e britannici²⁹ e in alcuni progetti pilota già sperimentati in sanità³⁰.

²⁸ In Francia l'aggregazione della domanda pubblica in sanità si realizza attraverso la costituzione di raggruppamenti di acquisto (*groupements de commandes*) o tramite l'attività di centrali di committenza. Fra le principali esperienze di aggregazione: l'*Union des Groupements d'Achats Publics* - UGAP (centrale di committenza generalista a livello nazionale che opera sia come intermediario, mediante convenzioni quadro messe a disposizione dei soggetti interessati, sia come grossista con l'acquisto di beni e servizi per la rivendita ad amministrazioni aggiudicatrici); l'*Union des Hôpitaux pour les Achats* - UniHA (*groupement de coopération sanitaire* che riunisce grandi ospedali francesi specializzati su specifiche categorie merceologiche) e il *Réseau des acheteurs Hospitaliers* - Resah-IDF (*groupement de commande* fondato nel 2007 tra i principali operatori specializzati nella *mutualisation* e nella professionalizzazione degli acquisti del settore sanitario e medico-sociale, sia pubblico che privato, non lucrativo) che è stato partner del progetto HAPPI e oggi di EHPPA (su cui si veda: <https://www.resah.fr/0/1/1/270>). Per un'analisi: G.M. RACCA, *La Corte di Giustizia e le scelte nazionali per una efficiente e trasparente aggregazione dei contratti pubblici: una sfida per l'evoluzione digitale della "funzione appalti" nazionale, regionale e locale*, in *Riv. dir. pub. com.*, n. 2/2021, 185-215; G.M. RACCA, S. PONZIO, *La scelta del contraente come funzione pubblica: modelli organizzativi per l'aggregazione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, n. 1/2019, 33-82; A. TAILLEFAIT, *Groupements de commandes et centrales d'achats publics en France après la transposition des directives européennes de 2014*, in *Ius Publicum Network Review*, n. 1/2017; G.M. RACCA, S. PONZIO, *La mutualisation des achats dans le secteur de la santé publique: les centrales d'achat et les accords-cadres dans une perspective comparative*, in *Droit Administratif*, n. 7/2011, 7-12.

²⁹ L'aggregazione della domanda pubblica nel Regno Unito, dopo i primi sviluppi negli anni Novanta, ha visto la creazione di una centrale d'acquisto in PPP con DHL (NHS Supply Chain), modello oggi superato per ricondurre il coordinamento al *Crown Commercial Service* (CCS) presso il *Cabinet Office*. Il rapporto realizzato dal *Lord Carter of Coles* per il *Department of Health* (*Lord Carter of Coles Operational productivity and performance in English NHS acute hospitals: Unwarranted variations. An independent report for the Department of Health*, Febbraio 2016) aveva infatti evidenziato come gli ostacoli al perseguimento di risparmi negli acquisti del settore sanitario fossero riconducibili al modello di base per l'approvvigionamento e alla filiera all'interno del NHS inglese. Di recente è di interesse il nuovo programma operativo '*Future Operating Model*' (FOM), basato sulla riorganizzazione del sistema di *supply chain* in 11 torri merceologiche di aggregazione degli acquisti, anche mediante l'utilizzo di strumenti digitali e forme di aggregazione della domanda con specializzazione per aree merceologiche. In tale contesto occorre ovviamente valutare gli effetti derivanti dall'uscita del Regno Unito dall'Unione Europea.

³⁰ È il caso del progetto *Healthy Ageing in Public Procurement of Innovation* - HAPPI (in www.masterseiic.it/happi/), su cui *supra*, nota 22. Si veda: S. PONZIO, *Joint Procurement and Innovation in the new EU Directive and in some EU-funded projects*, cit. Un altro esempio di esperienza collaborativa nel settore degli acquisti transfrontalieri in sanità è inoltre il progetto "*European Innovative Procurement of Health Innovation*" - EURIPHI, finanziato dal programma di ricerca e innovazione Horizon 2020 dell'UE, che ha incluso membri esperti dell'Università degli Studi di Torino, con l'obiettivo di creare una Comunità di pratica transfrontaliera efficace e sostenibile per condividere le esperienze e sostenere lo sviluppo degli appalti pubblici transfrontalieri e l'approccio basato sul metodo "*Value Based*", su cui si rinvia a: G.M. RACCA, *Appalti transfrontalieri congiunti di soluzioni innovative nel settore dell'assistenza sanitaria. Da un'esperienza pionieristica alle innovazioni post pandemia per i contratti pubblici*, cit.

Tali attività possono consistere nell'aggiudicazione di appalti o nella conclusione di accordi quadro per lavori, forniture o servizi destinati ad (altre) amministrazioni aggiudicatrici, che possono conseguire ad una specifica programmazione, ovvero essere messi a disposizione di amministrazioni chiaramente individuate e con un valore massimo predeterminato³¹, ma senza un vincolo all'adesione³². Ne deriva la possibilità, per le amministrazioni aggiudicatrici, di aderire a gare già svolte da centrali di committenza (in funzione di "intermediario") o da alcune di esse qualificate come soggetti aggregatori o la possibilità di procedere all'acquisto presso centrali di committenza (in funzione di "grossista"), anche oltre i confini nazionali³³, in alternativa all'esperimento di gare autonome per l'acquisizione di beni, servizi o lavori a sé necessari. La cooperazione dal lato della domanda pubblica in ambito sovranazionale assicura la conoscenza del mercato e le attività di *benchmarking* utili a superare le segmentazioni di mercato e a condividere il rischio dell'innovazione³⁴. Nel contesto italiano, come noto, i modelli di aggregazione dei contratti pubblici si sono sviluppati senza un chiaro disegno organizzativo³⁵, ma prevalentemente per la necessità di risparmiare risorse o di contrastare la corruzione e le infiltrazioni mafiose³⁶. La centrale di acquisto nazionale,

³¹ Corte di Giustizia UE, 19 dicembre 2018, causa C-216/17, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Coopservice Soc coop arl contro Azienda Socio-Sanitaria Territoriale della Valcamonica-Sebino (ASST)*, relativa a una domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267 TFUE del Consiglio di Stato italiano per l'interpretazione degli art. 1, par. 5, e 32 della Direttiva 2004/18/CE e dell'art. 33 della Direttiva 2014/24/EU. Il caso riguardava la decisione di un'autorità sanitaria regionale di aderire a un accordo quadro concluso da un'altra autorità sanitaria, senza ricorrere a una nuova procedura di gara pubblica. Si veda: G.M. RACCA, *Central Purchasing Bodies in Italy: Reluctance and Challenges*, cit., 220-238; G.M. RACCA, S. PONZIO, *La scelta del contraente come funzione pubblica: modelli organizzativi per l'aggregazione dei contratti pubblici*, cit., 33-82.

³² Art. 3, c. 1, lett. i), lett. l) e lett. m), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, cit., a favore di enti chiaramente individuati, senza vincolo di adesione, ovvero senza uno specifico impegno o vincolo all'acquisto, che esclude "istruzioni particolareggiate dalle amministrazioni aggiudicatrici" (cfr. Considerando n. 69, Direttiva 24/2014/UE, cit.).

³³ Art. 39, Direttiva 24/2014/UE, cit. Si veda: S. PONZIO, *Joint Procurement and Innovation in the new EU Directive and in some EU-funded projects*, cit., spec. 11 ss.

³⁴ Nella *Risoluzione del 4 ottobre 2018 sulla strategia in materia di appalti pubblici (2017/2278(INI))*, il Parlamento europeo ha invitato le amministrazioni aggiudicatrici degli Stati Membri a fare ampio uso degli appalti innovativi per realizzare obiettivi di sostenibilità economica e sociale e a adottare "un codice etico europeo degli appalti pubblici per le diverse parti interessate dalle procedure di appalto".

³⁵ Si veda: M.P. CHITI, in questo Volume.

³⁶ Ad esempio, le Stazioni Uniche Appaltanti - SUA previste dal D.P.C.M. del 30 giugno 2011, in attuazione dell'art. 13, l. 13 agosto 2010, n. 136, *Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia*.

Consip S.p.A., è stata introdotta e nel tempo modificata nelle leggi finanziarie, di bilancio, di stabilità, senza il disegno di una funzione strategica di coordinamento con articolazioni regionali, locali o settoriali che assicurassero l'efficienza e la riorganizzazione e qualificazione della "funzione appalti"³⁷.

L'obbligatorietà del ricorso alla centrale d'acquisto nazionale, sia per i contratti sopra soglia di rilevanza europea, sia sotto soglia con l'obbligo di utilizzare lo strumento del mercato elettronico della pubblica amministrazione (MePa), introdotto da anni e in apparenza cogente, in realtà è risultata per lungo tempo poco effettiva: per i contratti sopra soglia per il ridotto numero di convenzioni e accordi quadro stipulati e messi a disposizione, mentre per i contratti sotto soglia, sin dall'origine, per l'insoddisfazione e il contrasto al vincolo imposto, dal quale, negli anni, molte amministrazioni hanno inteso sottrarsi³⁸.

L'insoddisfazione per queste forme di "aggregazione forzata", opportunisticamente perseguite per adempiere al vincolo normativo, ne ha determinato l'immediato smantellamento al venir meno (pur solo fino 30 giugno 2023) del correlato obbligo, a dimostrazione dell'inefficienza del modello proposto, ma non certo del superamento del problema della inadeguatezza di molte stazioni appaltanti³⁹.

³⁷ G.M. RACCA, *La Corte di Giustizia e le scelte nazionali per una efficiente e trasparente aggregazione dei contratti pubblici: una sfida per l'evoluzione digitale della "funzione appalti" nazionale, regionale e locale*, cit., 185-215. Come noto, si individuano obblighi inizialmente imposti solo in capo alle amministrazioni centrali e periferiche dello Stato e poi progressivamente estesi alle altre amministrazioni pubbliche e successivamente attenuati, per gli enti locali: cfr. artt. 24 e 32, l. 28 dicembre 2001, n. 448, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2002)*; a tutte «le pubbliche amministrazioni» e agli «enti pubblici istituzionali»: cfr. art. 24, c. 3, l. 27 dicembre 2002, n. 289, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2003)*. Ancora, cfr. l'art. 1, c. 7, decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito con l. 7 agosto 2012, n. 135, *Conversione, con modificazioni, del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95: Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini, nonché misure di rafforzamento patrimoniale delle imprese del settore bancario*, che impone alle amministrazioni a totale partecipazione pubblica, diretta o indiretta, il ricorso agli strumenti di acquisto e di negoziazione messi a disposizione da Consip S.p.A. e dalle centrali di committenza regionali, sanzionando con la nullità i contratti stipulati in violazione di tale disposizione.

³⁸ M. IMMORDINO, A. ZITO, *Aggregazione e centralizzazione della domanda pubblica di beni: stato dell'arte e proposte di migliorie al sistema vigente*, in *Nuove autonomie - Rivista Quadrimestrale di Diritto Pubblico*, Napoli, n. 2/2018, 223 ss.; G.M. RACCA, S. PONZIO, *La scelta del contraente come funzione pubblica: i modelli organizzativi per l'aggregazione dei contratti pubblici*, cit., spec. 40.; L. FIORENTINO, *Lo stato compratore. L'acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*, Bologna, 2007.

³⁹ L'applicazione dell'art. 37, c. 4, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, cit.: "Se la stazione appaltante è un comune non capoluogo di provincia, fermo restando quanto previsto al comma

Una centrale di committenza dedicata agli enti locali non è stata costituita ed una specializzazione dei soggetti aggregatori nazionali, regionali o locali non si è realizzata. La riorganizzazione della funzione appalti dovrà intervenire sulla disciplina del c.d. “tavolo dei soggetti aggregatori”⁴⁰, fornendo un servizio di gare e accordi quadro aggiudicati e messi a disposizione, anche in assenza di obblighi di adesione, secondo il modello inglese, in cui le amministrazioni siano libere di aderire a una gara già espletata (*click and buy*) o delegare una centrale qualificata. Una simile riorganizzazione ridurrà, di fatto, le gare singole ai casi in cui si vo-

1 e al primo periodo del comma 2, procede secondo una delle seguenti modalità: a) ricorrendo a una centrale di committenza o a soggetti aggregatori qualificati; b) mediante unioni di comuni costituite e qualificate come centrali di committenza, ovvero associandosi o consorzandosi in centrali di committenza nelle forme previste dall'ordinamento; c) ricorrendo alla stazione unica appaltante costituita presso le province, le città metropolitane ovvero gli enti di area vasta ai sensi della legge 7 aprile 2014, n. 56” è sospesa fino al 30 giugno 2023 dall’art. 1, c. 1, lett. a), decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito con l. 14 giugno 2019, n. 55, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, recante: «Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l’accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici*, come modificato dall’art. 8, c. 7, decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito con l. 11 settembre 2020, n. 120, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, recante «Misure urgenti per la semplificazione e l’innovazione digitali» (Decreto Semplificazioni)* e dall’art. 52, c. 1, lett. a), sub. 1.2, decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito con l. 29 luglio 2021, n. 108, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, recante governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure*.

⁴⁰ L’art. 9, decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito con l. 23 giugno 2014, n. 89, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66, recante misure urgenti per la competitività e la giustizia sociale. Deleghe al Governo per il completamento della revisione della struttura del bilancio dello Stato, per il riordino della disciplina per la gestione del bilancio e il potenziamento della funzione del bilancio di cassa, nonché per l’adozione di un testo unico in materia di contabilità di Stato e di tesoreria*, ha previsto l’istituzione, nell’ambito dell’Anagrafe Unica delle Stazioni Appaltanti detenuta dall’ANAC, di un “elenco di soggetti aggregatori” con funzioni di aggregazione e centralizzazione degli acquisiti per un numero massimo di 35 soggetti. Per una ricostruzione degli interventi normativi sui soggetti aggregatori si rinvia a M. IMMORDINO, A. ZITO, *Aggregazione e centralizzazione della domanda pubblica di beni: stato dell’arte e proposte di migliorie al sistema vigente*, cit., 223 ss.; Cfr. G.M. RACCA, *La trasparenza e la qualità delle informazioni come forma diffusa di controllo sulle amministrazioni pubbliche*, report realizzato per l’Accademia per l’Autonomia, 5 maggio 2015. Cfr. S. FOÀ, *La trasparenza amministrativa e i suoi limiti*, in C. BERTOLINO, T. CERRUTI, M. OROFINO, A. POGGI, *Scritti in onore di Franco Pizzetti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, 497 ss. G.M. RACCA, *The role of third parties in the execution of public contracts*, in L. FOLLIOT-LALLIOT, S. TORRICELLI (a cura di), *Controles et contentieux des contrats publics/Oversight and challenges of public contracts*, in *Droit Administratif / Administrative Law Collection* (Dir. by J.-B. AUBY), no. 26, Bruxelles, Bruylant, 2018, 415 ss.

gliano assumere i rischi e i tempi di una procedura individuale, di cui occorre misurare i risultati⁴¹.

Di qui la necessità di ridefinire i modelli di aggregazione necessari per l'introduzione di un sistema a rete innovativo di contrattazione pubblica, con un ripensamento del ruolo dei soggetti aggregatori e delle differenti centrali di committenza specializzate, nazionali, regionali e locali, nonché delle attività di committenza ausiliarie, ormai necessariamente digitalizzate⁴².

Come noto, il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti è rimasto inattuato nel codice vigente e nella riforma andrà affrontato come riorganizzazione che superi anche il compromesso prospettato nelle linee guida ANAC, di recente poste in consultazione⁴³.

Occorre perseguire la qualificazione sulla base di dati oggettivi⁴⁴, in modo da creare un sistema che tenga conto delle caratteristiche del contesto in cui operano le stazioni appaltanti, con riferimento agli ambiti ter-

⁴¹ G.M. RACCA, *La Corte di Giustizia e le scelte nazionali per una efficiente e trasparente aggregazione dei contratti pubblici: una sfida per l'evoluzione digitale della "funzione appalti" nazionale, regionale e locale*, cit., 185-215.

⁴² Si veda: M.P. CHITI, in questo Volume.

⁴³ Linee guida recanti «attuazione – anche a fasi progressive – del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza da porre alla base del nuovo sistema di qualificazione che sarà reso operativo al momento della entrata in vigore della riforma della disciplina dei contratti pubblici» - PRIMA FASE, approvate dal Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione con delibera n. 141 del 30 marzo 2022. Non essendo mai stato attuato l'art. 38, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, occorre ricordare che il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza ha previsto nell'ambito della Riforma 1.10 - Riforma del quadro legislativo in materia di appalti pubblici e concessioni (Milestone - M1C1 - 71), che l'Autorità Nazionale Anticorruzione completi l'esercizio di qualificazione delle stazioni appaltanti in termini di *procurement capacity*. Sulla base del Protocollo di intesa avente ad oggetto "l'attuazione del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza" sottoscritto il 17 dicembre 2021 dall'ANAC e dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, obiettivo delle nuove Linee guida è quindi quello di individuare le modalità operative per l'attuazione del nuovo sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza che sarà reso operativo al momento dell'entrata in vigore della riforma della disciplina dei contratti pubblici.

⁴⁴ Attraverso le Linee guida vengono individuati i dati necessari per dimostrare il possesso dei requisiti, di base e premianti, alcuni dei quali già acquisiti dall'Autorità tramite l'anagrafe unica delle stazioni appaltanti (AUSA) o la Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici (BDNCP) o acquisibili dall'Autorità mediante il collegamento con banche dati detenute da altre amministrazioni, altri che dovranno essere acquisiti attraverso dichiarazioni rese dalle stazioni appaltanti. Con le Linee guida di "Prima fase" ANAC individua i "pesi" attribuiti a ciascun requisito base, mentre non sono definite le modalità per l'attribuzione dei punteggi relativi a ciascun requisito. Tali modalità verranno individuate a seguito delle informazioni provenienti dai dati inviati dalle stazioni appaltanti su base volontaria e dalla consultazione pubblica con gli *stakeholders*.

ritoriali e ai percorsi di aggregazione avviati ma senza trascurare la specializzazione di centrali d'acquisto. Specializzazione che consenta alle stazioni appaltanti di disporre delle professionalità necessarie per settori specifici, come ad esempio i beni culturali e i lavori pubblici, promuovendo l'innovazione tramite la modellazione digitale delle opere anche per la gestione del patrimonio immobiliare⁴⁵.

La scelta della qualificazione delle stazioni appaltanti è fondamentale per il mantenimento di un sistema pubblico degli appalti in Italia.

Solamente adeguatezza ed efficienza della funzione appalti possono evitare che operatori privati si pongano come alternativi alla funzione pubblica di acquisto e riducano le scelte pubbliche di politica industriale nel settore, come già in altri ordinamenti. Il riferimento è alle piattaforme private tipo "Amazon" (*Amazon, Fisher Scientific e Overstock Government*)⁴⁶ che negli Stati Uniti stanno entrando sul mercato dei contratti

⁴⁵ Si veda: E. QUADRI, in questo Volume e G.M. RACCA, *La modellazione digitale per l'integrità, l'efficienza e l'innovazione nei contratti pubblici*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 3/2019, 739-766.

⁴⁶ Sin dal 2018, è stata avviata dall'Amministrazione dei Servizi Generali (GSA) degli Stati Uniti un'iniziativa pilota per l'autorizzazione a "micro-acquisti" attraverso piattaforme elettroniche da parte degli enti pubblici, fino a \$ 10.000 (valore aumentato a \$ 20.000 a livello nazionale in tempi di emergenza dichiarata e \$ 30.000 all'estero), iniziativa da alcuni ridenominata come 'amazon.gov', resa possibile dall'attuazione del "National Defense Authorization Act" (NDAA) *Section 846, Procurement Through Commercial e-Commerce Portals*, ridenominato "Amazon Amendment", volto a permettere a 13 agenzie governative di acquistare prodotti commerciali attraverso portali online come Amazon. I primi contratti con le società di *e-commerce Amazon Business, Fisher Scientific e Overstock Government* sono stati stipulati nel giugno 2020 e il programma di acquisti avviato ad agosto 2020. Questi contratti di *e-marketplace* dovrebbero essere il primo passo nell'attuazione di una strategia più ampia di accesso al mercato commerciale di soluzioni di *e-commerce* che soddisfino le esigenze delle agenzie governative, come reso noto da GSA nel *Procurement Through Commercial E-Commerce Portals Phase II Report: Market Research & Consultation*, aprile 2019. Lo *United States Government Accountability Office - GAO* - ha elaborato raccomandazioni per GSA volte a stabilire un piano completo con obiettivi e tempi certi per misurare la realizzazione del programma anche al fine di sviluppare un piano di monitoraggio con azioni specifiche per garantire che i *platform providers* rispettino i vincoli in materia di protezione dei dati commerciali e sensibili: GAO, *Report to the Committee on Armed Services, House of Representatives, GSA ONLINE MARKETPLACES, Plans to Measure Progress and Monitor Data Protection Efforts Need Further Development*, settembre 2021. Sul tema si veda, ampiamente: C.R. YUKINS, A. SUNDBRAND, M. BOWSHER, *Tale of Three Regulatory Regimes - Dynamic, Distracted and acted and Dysfunctional: Sweden, the United Kingdom and the United States*, in *GWU Law School Public Law*, Research Paper no. 2018-08; P. MCKEEN, *The Pursuit of Streamlined Purchasing: Commercial Items, E-Portals, and Amazon*, in G.M. RACCA, C.R. YUKINS (a cura di), *Joint Public Procurement and Innovation. Lessons Across Borders*, cit., 373-387; C.R. YUKINS, *United States procurement and the COVID-19 pandemic*, in *Public Procurement Law Review*, n. 4/2020, 220-231; G.M. RACCA, *La digitalizzazione necessaria dei contratti pubblici: per un'Amazon pubblica*, cit., 4669-4706. Si veda, anche, il report realizzato dalla WORLD BANK,

pubblici di minor valore attraverso iniziative, come quella nota come ‘amazon.gov’, con il rischio di sostituzione alla funzione pubblica, con tutte le connesse implicazioni di violazione dei principi e di limite alle strategie e politica industriale⁴⁷.

Un simile rischio è emerso anche in Italia ed è evidente che per i piccolissimi Comuni la soluzione pubblica deve portare ad un sistema di “click and buy”, che assicuri il rispetto dei principi, senza indurli a ricorrere a servizi privati di e-commerce, quali Amazon Business⁴⁸, con limiti operativi e normativi che restano evidenti⁴⁹.

Guidebook for Setting-up and Operating Framework Agreements, 2021, spec. 26. G.M. RACCA, *Principles of joint cross-border public contracts and transnational effects*, cit., 555-578.

⁴⁷ Sulle questioni relative alla scelta (poi confermata dalla Corte di Giustizia UE, sentenza del 4 giugno 2020, causa C-3/19, *Asmel Soc. cons. a r.l. c. Autorità Nazionale Anticorruzione ed Associazione Nazionale Aziende Concessionarie Servizi Entrate*) di mantenere la funzione appalti in ambito pubblico: G.M. RACCA, *La Corte di Giustizia e le scelte nazionali per una efficiente e trasparente aggregazione dei contratti pubblici: una sfida per l'evoluzione digitale della “funzione appalti” nazionale, regionale e locale*, cit., 185 ss.; G.M. RACCA, S. PONZIO, *La scelta del contraente come funzione pubblica: modelli organizzativi per l'aggregazione dei contratti pubblici*, cit., 33-82.

⁴⁸ L'8 aprile 2021 l'on. Fabio Rampelli ha presentato un'interrogazione parlamentare (Camera dei deputati, Interrogazione a risposta scritta n. 4-08834) al Ministro per la Pubblica amministrazione sul caso del Comune di Borgofranco d'Ivrea che ha dichiarato che acquisterà dalla piattaforma Amazon grazie ad un accordo stipulato fra questa e l'Associazione per la sussidiarietà e la modernizzazione degli enti locali (ASMEL), alla quale aderisce altresì l'Associazione Nazionale Piccoli Comuni d'Italia (ANCPI): cfr. F.Q., *La “fronda” dei piccoli comuni, acquisti su Amazon senza passare da Consip. Interrogazione parlamentare e polemiche, Il Fatto Quotidiano*, 10 aprile 2021. Per quanto noto, è stato sottoscritto un accordo fra ASMEL CRAL (associazione dei dipendenti, collaboratori e amministratori degli enti associati ad Asmel Associazione: <https://cral.asmel.eu/pagina-di-esempio/>), e Amazon Business Prime: <https://cral.asmel.eu/wp-content/uploads/2021/02/CRAL-BUSINESS-PRIME.pdf>. Non è chiaro se siano destinatari dell'iniziativa i dipendenti comunali o i Comuni stessi, come invece è stato annunciato: “ASMEL si è interposta tra AMAZON e suoi iscritti. Attraverso il MEPAL, il mercato elettronico della pubblica amministrazione locale, gestito da ASMEL, gli iscritti potranno acquistare su Amazon utilizzando delle credenziali fornite dall'Associazione” (ASMEL sfida il MEPA di CONSIP aprendo un canale Amazon, 22 marzo 2021, disponibile al link: <https://www.lavoripubblici.it/news/ASMEL-sfida-il-MEPA-di-CONSIP-aprendo-un-canale-Amazon-25538#>). Amazon Business è la piattaforma che consente agli utenti di acquistare prodotti per scopi commerciali per clienti business (società commerciali).

⁴⁹ Le condizioni e termini di acquisto (<https://www.amazon.it/gp/help/customer/display.html?nodeId=202119380#:~:text=Per%20acquistare%20tramite%20Amazon%20Business,valido%20associato%20al%20tuo%20Account>) indicano che “Creando un Account Business, dichiaro [...] (iv) di non essere un agente di Amazon e di non effettuare acquisti per conto di un ente pubblico (ivi inclusi enti pubblici centrali, locali e parastatali, istituzioni pubbliche come scuole e ospedali pubblici) o di un'organizzazione senza scopo di lucro in Italia; e di impegnarti a rispettare le disposizioni delle leggi anticorruzione o anticorruzione a te applicabili”. Amazon stessa quindi precisa che in Italia l'utente Business non può acquistare per una pubblica amministrazione. I limiti giuridici paiono risiedere nell'obbligo di acquisto sul mercato

L'algoritmo di *Amazon* e delle altre piattaforme private non è trasparente e delegando loro la scelta si consegnano la strategia di politica industriale e gli interessi connessi ad un privato, in violazione dei principi di imparzialità e trasparenza⁵⁰.

Per evitare ciò, occorre promuovere centrali di committenza pubbliche e specializzate, che assicurino un servizio efficiente, con la messa a disposizione di accordi quadro, sistemi dinamici di acquisizione, cataloghi elettronici per tutte le amministrazioni che non dispongono delle capacità e che non potranno essere riqualificate per poter svolgere adeguatamente la funzione appalti⁵¹.

Una prospettiva che apre allo sviluppo di strategie di specializzazione, anche superando i limiti territoriali, coprendo così più settori per lo sviluppo di politiche industriali per la crescita anche delle piccole e medie imprese. Gare elettroniche che mettano a disposizione delle amministrazioni aggiudicatrici i beni e servizi necessari, che possono essere scelti "a scaffale", poiché già sottoposti a confronto competitivo, "già garantiti", o su cui possa intervenire una "gara delle gare" come rilancio competitivo su differenti accordi quadro⁵². Scelta che si basa sulla quantità e qualità più appropriate rispetto al bisogno con una semplificazione della modalità di adesione e acquisto (modello "*Amazon*"), senza eludere i principi e le garanzie dello svolgimento di una procedura di gara (pubblica). Non si esclude che le amministrazioni possano ancora realizzare autonomamente le proprie gare, ma la qualità e l'efficienza del servizio disponibile potranno soddisfare il bisogno, anche senza imposizioni. Chi

della pubblica amministrazione sopra i 5.000 euro (art. 1, c. 450 della legge n. 296 del 2006) oltre all'obbligo di saldo anticipato e di *split payment*, gravante sulle pubbliche amministrazioni che sono tenute a versare direttamente all'erario l'IVA che è stata addebitata loro dai fornitori (art. 17-ter, d.P.R. n. 633 del 1972, introdotto dall'art. 1, c. 629, lett. b), l. 23 dicembre 2014, n. 190, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2015)*).

⁵⁰ Recentemente, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha irrogato una sanzione di oltre 1 miliardo di euro (1.128.596.156,33) alle società *Amazon Europe Core S.à.r.l.*, *Amazon Services Europe S.à. r.l.*, *Amazon EU S.à. r.l.*, *Amazon Italia Services S.r.l.* e *Amazon Italia Logistica S.r.l.* per violazione dell'art. 102 del TFUE per abuso di posizione dominante nel mercato italiano dei servizi di intermediazione su *marketplace*, che le ha consentito di favorire il proprio servizio di logistica, denominato Logistica di *Amazon (Fulfillment by Amazon, c.d. "FBA")*, presso i venditori attivi sulla piattaforma *Amazon.it* ai danni degli operatori concorrenti in tale mercato e di rafforzare la propria posizione dominante.

⁵¹ G.M. RACCA, *La Corte di Giustizia e le scelte nazionali per una efficiente e trasparente aggregazione dei contratti pubblici: una sfida per l'evoluzione digitale della "funzione appalti" nazionale, regionale e locale*, cit., 185-215.

⁵² G.M. RACCA, *La digitalizzazione necessaria dei contratti pubblici: per un'Amazon pubblica*, cit., 4669-4706.

si ritiene capace potrà svolgere, sempre su piattaforma, una procedura autonoma, con oneri e rischi connessi che andranno monitorati anche nella fase dell'esecuzione del contratto.

L'obbiettivo pare quello di un'efficienza "tipo *Amazon*", ma con un sistema di *e-procurement* fatto da centrali d'acquisto pubbliche con piattaforme che assicurino il pieno rispetto di tutti i principi nazionali ed europei sui contratti pubblici.

3. *La semplificazione della qualificazione delle imprese secondo il principio del "once-only"*

La digitalizzazione richiede innovazioni '*disruptive*' innanzitutto partendo dalla "aumentata" conoscenza della realtà dei fatti, delle amministrazioni e delle imprese, come mai è stato possibile in passato⁵³.

Conoscenza necessaria per rifondare il rapporto di fiducia necessario al raggiungimento degli obiettivi dei contratti pubblici che richiede collaborazione reciproca tra operatori economici e stazioni appaltanti, nel comune interesse alla corretta selezione e tempestiva esecuzione⁵⁴.

I due cardini su cui costruire la riforma dei contratti pubblici digitalizzati sembrano essere i principi del "*once-only*" e della buona fede⁵⁵.

Il principio del "*once-only*" comporta che i documenti e i dati siano richiesti una volta sola, o meglio, che siano acquisiti direttamente mediante sistemi informativi interoperabili. Finalmente avranno effettiva attuazione l'acquisizione e l'accertamento d'ufficio previsti dalla legge sul procedimento amministrativo⁵⁶ superando l'autocertificazione, grazie al-

⁵³ La Guardia di Finanza del Veneto, anche in collaborazione con le Università di Cà Foscari e di Torino, sta sviluppando algoritmi complessi per l'incrocio di dati di oltre 160 banche dati con un sistema applicativo, "Price", in grado di ricavare il rischio di operatori economici e amministratori. Per questo la Guardia di Finanza e il presidente della Regione Veneto hanno firmato un protocollo che regola la collaborazione per prevenire l'insinuarsi di elementi fraudolenti, delinquenziali e mafiosi nei bandi del Piano nazionale di resistenza e resilienza: cfr. R. SANDRE, *Frodi e infiltrazioni, le Fiamme Gialle scovano i crimini con i big data*, in *Il Sole 24 Ore*, 22 ottobre 2021; M. ZAMBON, *Controlli sul Pnrr, la Regione Veneto si affida all'algoritmo «furbetti»*, in *Corriere del Veneto*, 8 febbraio 2022. Si veda: l'intervento di G. MAINOLFI nel convegno "Il comune nella finanza globale: i conti pubblici nel "front office" dello Stato alla prova del NGUE", sessione "Le basi informative e le metodologie di analisi quantitativa. La dimensione locale e l'attuazione del PNR", Venezia, 17 dicembre 2021.

⁵⁴ G.M. RACCA, *La digitalizzazione dei contratti pubblici: adeguatezza delle pubbliche amministrazioni e qualificazione delle imprese*, cit., 321-341.

⁵⁵ G.M. RACCA, *Le responsabilità delle pubbliche amministrazioni digitali tra collaborazione e buona fede*, in *Dir. amm.*, 2022, in corso di pubblicazione.

⁵⁶ Art. 18, l. 7 agosto 1990, n. 241, *Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*.

l'interoperabilità delle banche dati e delle piattaforme (imponendo il superamento della “gelosia del dato” e affermando l’*Interoperability by default*)⁵⁷.

Per i contratti pubblici il fascicolo virtuale dell’operatore economico potrà superare il pesante e ripetitivo lavoro di verifica dei requisiti ed il notevole contenzioso, spesso collegato a errori formali⁵⁸. Su questo aspetto si dovranno chiarire l’interpretazione ed attuazione delle direttive europee⁵⁹, anche superando alcuni orientamenti della Corte di giustizia⁶⁰, in una prospettiva innovativa assicurata oggi dalla necessaria digitalizzazione. Come si dirà, fiducia e buona fede tra stazione appaltante e operatore economico devono permanere in tutto il rapporto di selezione ed esecuzione del contratto, ma occorre precisare che questa fiducia non

⁵⁷ COMMISSIONE UE, *Interoperability in end-to-end eProcurement*, cit. ANAC, *Strategie e azioni per l’effettiva semplificazione e trasparenza nei contratti pubblici attraverso la completa digitalizzazione: le proposte dell’Autorità*, 27 maggio 2020, 12 ss.; Audizione del Presidente ANAC G. Busia presso l’8ª Commissione della Camera dei Deputati, 2 febbraio 2021, sulla “Proposta di Piano nazionale di ripresa e resilienza - PNRR”; F. GORGERINO, *Legal Basis and Regulatory Applications of the Once-Only Principle: The Italian Case*, in R. KRIMMER, A. PRENTZA, S. MAMROT (a cura di), *The Once-Only Principle. The TOOP Project*, Lecture Notes in Computer Science, n. 12621, Springer Nature, Cham (Switzerland), 2021, 104 ss.

⁵⁸ Si veda: M. LIPARI, in questo Volume.

⁵⁹ In particolare la portata dell’art. 57, par. 4 della Direttiva 2014/24/EU, cit., che dispone: “(...) *Le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere (...) oppure gli Stati membri possono chiedere alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere dalla partecipazione alla procedura d’appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni: (...) c) se l’amministrazione aggiudicatrice può dimostrare con mezzi adeguati che l’operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, il che rende dubbia la sua integrità*”.

⁶⁰ Cfr. M. CLARICH, in questo Volume. Nella sentenza della Corte di Giustizia UE del 19 giugno 2019, causa C-41/18, *Meca Srl c. Comune di Napoli*, è stata ribadita la presenza di un ineliminabile potere discrezionale, inteso come potere valutativo in capo all’amministrazione aggiudicatrice, non sostituibile nemmeno da un giudice, in ordine agli atti che un operatore economico ha commesso o omesso di compiere prima o durante la procedura di aggiudicazione di appalto, al fine di verificare se questi possano effettivamente “rendere dubbia la sua integrità” e quindi determinarne l’esclusione. Nel caso di specie, è stato in particolare ritenuto contrastante con il diritto dell’UE il disposto originario dell’art. 80, c. 5, lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016, cit. che limitava la possibilità di esclusione dell’operatore economico per risoluzione anticipata di un precedente contratto qualora questa fosse oggetto di contestazione in giudizio. A seguito della modifica apportata dal decreto-legge n. 135 del 2018, convertito con l. 11 febbraio 2019, n. 12, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 14 dicembre 2018, n. 135, recante disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione*, il vigente art. 80, c. 5, lett. c-ter), dispone che la stazione appaltante escluda l’operatore economico che abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell’esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili, motivando su tali circostanze anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa.

può che basarsi sui fatti che possono essere acquisiti con qualunque mezzo – oggi digitale – e che proprio nel fascicolo virtuale l'operatore economico potrà riversare ogni elemento utile per assicurare che la qualificazione permanga, come pure l'assenza di cause di esclusione, per garantire la correttezza e l'affidabilità⁶¹.

L'intelligenza artificiale permette analisi di mercato che possono fondarsi sulla conoscenza esatta degli operatori economici e di quanto hanno realizzato negli anni, con quali amministrazioni, con quale esito, per ripensare un sistema di qualificazione rapido e oggettivo mediante accesso diretto a sistemi informativi che superino il passaggio documentale. La stazione appaltante potrà motivare e scostarsi dalle evidenze digitali ove ritenesse ancora dubbia l'integrità dell'operatore economico.

Un primo avanzamento dovrebbe raggiungersi a breve, grazie ad ANAC, che dovrebbe assicurare innanzitutto il riuso (*Re-usability princi-*

⁶¹ La valutazione della stazione appaltante va effettuata nella piena conoscenza dei dati, riguardanti le vicende dell'impresa, caricati dalle altre amministrazioni e dall'impresa stessa nel costituendo Fascicolo virtuale dell'operatore economico, anche al fine di rendere effettive le possibilità di *self cleaning*. Tale istituto, come affermato dalla stessa Corte di Giustizia UE (sentenza *Meca Srl c. Comune di Napoli*, cit.), tende a incoraggiare l'operatore economico a fornire prove del fatto che le misure adottate sono sufficienti a dimostrare l'affidabilità nonostante l'esistenza di un pertinente motivo facoltativo di esclusione. Se tali prove sono ritenute sufficienti, l'operatore economico in questione non deve essere escluso dalla procedura d'appalto. A tal fine, l'operatore economico deve dimostrare di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito, di aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale collaborando attivamente con le autorità investigative e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti. Pur essendo garantita la possibilità di un contraddittorio con l'interessato, la decisione della stazione appaltante deve fondarsi su dati certi e verificabili, come è previsto oggi in materia di adozione delle interdittive antimafia a seguito della modifica dell'art. 92, c. 2-bis, d.lgs. 159 del 2011, disposta dall'art. 49, c. 1, lett. a), l. n. 233 del 2021, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 6 novembre 2021, n. 152, recante disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per la prevenzione delle infiltrazioni mafiose*. In base al sistema vigente quando il prefetto, sulla base degli esiti delle verifiche disposte mediante la consultazione della Banca dati nazionale unica antimafia (BDNA), ritenga sussistenti i presupposti per l'adozione dell'informazione antimafia interdittiva ovvero per procedere all'applicazione delle misure amministrative di prevenzione collaborativa, e non ricorrano particolari esigenze di celerità del procedimento, ne dà tempestiva comunicazione al soggetto interessato, indicando gli elementi sintomatici dei tentativi di infiltrazione mafiosa. Con tale comunicazione è assegnato un termine non superiore a venti giorni per presentare osservazioni scritte, eventualmente corredate da documenti, nonché per richiedere l'audizione. In ogni caso, non possono formare oggetto della comunicazione elementi informativi il cui disvelamento sia idoneo a pregiudicare procedimenti amministrativi o attività processuali in corso, ovvero l'esito di altri accertamenti finalizzati alla prevenzione delle infiltrazioni mafiose. Si vedano gli interventi di G. VELTRI e S. PERONGINI nel convegno "Questioni controverse di diritto amministrativo. Un dialogo tra Accademia e Giurisprudenza", Roma, Consiglio di Stato, 1 aprile 2022.

ple⁶²) del Documento Unico di Gara Europeo (DGUE o, *European Single Procurement Document, ESPD*) e delle connesse verifiche⁶³.

Finalmente l'amministrazione aggiudicatrice non dovrebbe più chiedere quanto già accertato da un'altra stazione appaltante grazie all'interposizione di ANAC che dovrebbe acquisire e mettere a disposizione "gli elenchi di operatori economici già accertati e le modalità per l'utilizzo degli accertamenti per gare diverse"⁶⁴.

Successivamente il fascicolo virtuale dell'operatore economico dovrebbe consentire la piena interoperabilità fra le banche dati che contengono le informazioni necessarie alla verifica dell'assenza di cause di esclusione ed anche alla qualificazione⁶⁵.

Come noto, le direttive europee hanno introdotto anzitutto il DUGE (ESPD) come autocertificazione unica per sostituire in tutti gli Stati membri le diverse autocertificazioni o i certificati (che in molti Paesi venivano ancora richiesti)⁶⁶.

Già nelle direttive si afferma il "winner only principle", che comporta la possibilità per la stazione appaltante di richiedere i documenti a comprova dei requisiti oggetto di autodichiarazione soltanto all'opera-

⁶² "Reuse means that public administrations confronted with a specific problem seek to benefit from the work of others by looking at what is available, assessing its usefulness or relevance to the problem at hand, and where appropriate, adopting solutions that have proven their value elsewhere. This requires the public administration to be open to sharing its interoperability solutions, concepts, frameworks, specifications, tools and components with others": Commissione UE, *European Interoperability Framework*.

⁶³ Nell'ambito del citato progetto europeo ENEIDE, ANAC sta curando la predisposizione di un formato interoperabile di Documento di gara unico europeo che sarà messo a disposizione delle piattaforme di acquisto e negoziazione, direttamente interconnesso con il nuovo fascicolo virtuale dell'operatore economico. La riforma costituirà occasione di semplificazione di tale disciplina.

⁶⁴ Art. 81, c. 4-bis, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, cit., comma introdotto dall'art. 53, c. 5, lett. d), decreto-legge 31 maggio 2021, n. 108, convertito con l. 29 luglio 2021, n. 108, cit.

⁶⁵ Fra le banche dati e i certificati (ancora richiesti mediante PEC) attualmente rilevanti per la verifica dei requisiti di qualificazione dell'operatore economico si segnalano: il *Sistema Informativo del Casellario (SIC)* tenuto dal Ministero della Giustizia, contenente i dati del Casellario giudiziale e l'Anagrafe delle sanzioni amministrative; la *Banca Dati Nazionale Antimafia* del Ministero dell'Interno; il Certificato di regolarità fiscale rilasciato dall'Agenzia delle entrate tramite PEC; il Casellario informatico di ANAC; il *Portale DURC Online* dell'INPS, INAIL e i certificati di altri Enti previdenziali non integrati nel portale unico previdenziale (ad es. INARCASSA per liberi professionisti, CIPAG per geometri); la *Visura camerale* rilasciata da Unioncamere; la certificazione di ottemperanza alle norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili (ex art. 17 della legge n. 68 del 1999) da richiedersi via PEC alla Direzione Provinciale o Regionale del Lavoro presso la Provincia o Centro provinciale/regionale per l'impiego presso la Provincia dove ha sede legale l'operatore economico.

⁶⁶ Art. 59, par. 1, Direttiva 2014/24/EU, cit.

tore aggiudicatario – o meglio, al potenziale aggiudicatario – e non a tutti i partecipanti⁶⁷.

Secondo la versione originaria del Codice, la verifica dei requisiti di partecipazione e dell'assenza di cause di esclusione è effettuata prima della valutazione delle offerte⁶⁸. L'ANAC aveva già chiarito nel 2017 che, in assenza di specifiche indicazioni del Codice in ordine ai tempi e alle modalità delle verifiche sulle dichiarazioni sostitutive rese dai concorrenti sul possesso dei requisiti di partecipazione (mediante il DGUE) le stazioni appaltanti, nelle fasi che precedono l'aggiudicazione, potevano limitarsi a verificare il possesso dei requisiti sotto il profilo della completezza delle autodichiarazioni rese dalle imprese, essendo obbligatorio il controllo soltanto sul primo classificato da effettuarsi prima dell'aggiudicazione dell'appalto⁶⁹.

Nelle procedure aperte bandite per i settori speciali era invece già espressamente prevista la possibilità, se specificamente prevista nel bando di gara, di effettuare l'inversione procedimentale, anticipando la valutazione delle offerte rispetto alla selezione degli offerenti, garantendo comunque che la verifica dell'assenza di motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente⁷⁰. In via temporanea, tale facoltà è stata estesa anche alle procedure aperte bandite per i settori ordinari fino al 30 giugno 2023⁷¹. Anche con questa modalità semplificata si richiede all'operatore economico la consegna di documenti, pur per via informatica e la successiva verifica da parte della stazione appaltante⁷².

⁶⁷ Art. 59, par. 4, Direttiva 2014/24/EU, cit.: *“Prima dell'aggiudicazione dell'appalto, l'amministrazione aggiudicatrice richiede all'offerente cui ha deciso di aggiudicare l'appalto, tranne nel caso di appalti basati su accordi quadro se conclusi ai sensi dell'articolo 33, paragrafo 3, o dell'articolo 33, paragrafo 4, lettera a), di presentare documenti complementari aggiornati conformemente all'articolo 60 e, se del caso, all'articolo 62. L'amministrazione aggiudicatrice può invitare gli operatori economici a integrare o chiarire i certificati ricevuti ai sensi degli articoli 60 e 62”*. Cfr. I. LOCATELLI, *Process Innovation Under the New Public Procurement Directives*, cit., 56 ss.

⁶⁸ Art. 94, c. 1, lett. b, d.lgs. n. 50 del 2016, cit.

⁶⁹ Comunicato del Presidente ANAC dell'8 novembre 2017, *Indicazioni alle stazioni appaltanti e agli operatori economici sulla definizione dell'ambito soggettivo dell'art. 80 del d.lgs. 50/2016 e sullo svolgimento delle verifiche sulle dichiarazioni sostitutive rese dai concorrenti ai sensi del d.p.r. 445/2000 mediante utilizzo del modello di DGUE*.

⁷⁰ Art. 133, c. 8, d.lgs. n. 50 del 2016, cit.

⁷¹ Art. 8, c. 7, l. n. 120 del 2020, cit., che mod. art. 1, c. 3, l. n. 55 del 2019, cit., termine differito dall'art. 53, c. 1, lett. a), l. n. 108 del 2021, cit.

⁷² Si veda: F. RISSO, in questo Volume. Nella prassi si riscontra come Consip si avvalga della facoltà dell'inversione procedimentale, prevedendola espressamente nel disciplinare di

L'innovazione potenzialmente *disruptive*, già presente nelle Direttive, consisterà dunque nell'applicazione generalizzata del “*once-only principle*”⁷³ in base al quale agli operatori economici non sarà richiesto di autocertificare o presentare documenti poiché l'amministrazione aggiudicatrice avrà la possibilità di acquisire le informazioni necessarie direttamente accedendo a banche dati interoperabili⁷⁴, disponibili gratuitamente in ogni Stato membro, ovvero ad un fascicolo d'impresa virtuale (*Virtual Company Dossier*), secondo i requisiti e le prove documentali indicati dagli Stati Membri nel registro europeo *e-Certis*⁷⁵. Gli Stati mem-

gara (cfr. TAR Lazio, Sez. II, sent. del 30 marzo 2022 n. 3612). Di interesse la sentenza del TAR Lazio, Sez. I, del 17 febbraio 2022 n. 1932, di rigetto del ricorso contro il provvedimento dell'ANAS di esclusione di un operatore dalla gara inerente l'affidamento di un accordo quadro per manutenzione di ponti, viadotti e gallerie, in cui era risultato primo in graduatoria con l'attribuzione del miglior punteggio tecnico e del miglior punteggio economico, comunicato verbalmente in sede della seduta pubblica, basato sul fatto che, successivamente alla definizione della graduatoria, il seggio di gara ha constatato, in sede di apertura della documentazione amministrativa, la presenza all'interno della busta di qualifica dell'esponente RTI del documento elettronico contenente l'offerta economica del concorrente. Il Tribunale ha ritenuto condivisibile la motivazione fornita dall'amministrazione per cui l'avvenuta presentazione di un'unica busta, contenente cumulativamente sia i files dell'offerta economica sia quelli della documentazione amministrativa, ha esposto la commissione giudicatrice ad un rischio di commistione e di condizionamento: infatti, la produzione dell'offerta economica unitamente alla documentazione amministrativa ha fatto sì che il ribasso offerto dalla ricorrente fosse astrattamente conoscibile da qualsiasi utente munito delle credenziali di autenticazione per operare sulla piattaforma ovvero da parte di chiunque avesse avuto accesso alla documentazione di gara sin dalla prima seduta pubblica. Pertanto secondo il TAR l'impresa è incorsa in un errore che ne ha giustamente determinato l'esclusione, inserendo l'offerta economica nella busta amministrativa, disattendendo le modalità indicate – esclusivamente telematiche (mediante collegamento online al “Portale Acquisti ANAS” <https://acquisti.stradeanas.it>) – di presentazione delle offerte, che dovevano contenere tre buste virtuali distinte: busta a) documentazione amministrativa; busta b) – documentazione tecnica; busta c) – offerta economica. Avverso la sentenza è stato proposto appello. Le nuove piattaforme native digitali dovranno evitare tali problematiche legate ad una prassi ancora pensata su carta.

⁷³ I. LOCATELLI, *Process Innovation Under the New Public Procurement Directives*, cit., 58 ss.

⁷⁴ G. CARULLO, *Dati, banche dati, blockchain e interoperabilità dei sistemi informatici nel settore pubblico*, in R. CAVALLO PERIN, D.-U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, cit., 191-221; Id., *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2017; F. GORGERINO, *Legal Basis and Regulatory Applications of the Once-Only Principle: The Italian Case*, cit., 110 ss.

⁷⁵ Il sistema *e-Certis* viene richiamato da: Cons. Stato, Sez. V, 20 gennaio 2021, n. 623, in cui il Collegio ricostruisce dettagliatamente la “dematerializzazione” dei dati e lo scambio di informazioni “con mezzi elettronici” relativamente alla fase di pre-aggiudicazione: a) la c.d. *e-notification* (cioè la pubblicazione elettronica dei bandi di gara); b) il c.d. *e-access* (accesso elettronico ai documenti di gara); c) la c.d. *e-submission* (cioè la presentazione delle offerte in formato elettronico, con attribuzione dei codici identificativi personali necessari ad operare sulla relativa piattaforma telematica: cfr. art. 58, c. 4); d) il c.d. *e-Certis* (il sistema informatico

bri sono infatti chiamati a predisporre banche dati contenenti informazioni pertinenti sugli operatori economici che possano essere consultate dalle rispettive amministrazioni e, alle medesime condizioni, anche dalle amministrazioni aggiudicatrici di altri Stati membri (*Cross-border by default principle*)⁷⁶. Agli operatori economici non sarebbe richiesto di presentare documenti complementari qualora l'amministrazione aggiudicatrice disponga già tali dati, in precedenza forniti ed aggiornati in tempo reale nelle varie banche dati e direttamente dagli operatori economici interessati.

L'obiettivo finale indicato dalla Commissione europea è quindi quello di integrare un Documento di Gara Unico Europeo nativo digitale con le banche dati e/o i sistemi di pre-qualificazione delle imprese⁷⁷, compreso il sistema *e-Certis*⁷⁸. Questa integrazione potrà permettere una verifica automatica della conformità delle imprese rispetto ai requisiti di ordine morale e ai criteri di selezione speciale⁷⁹, anche in un contesto transfrontaliero (mediante il *Single Digitale Gateway*)⁸⁰.

che consente di individuare i certificati e gli attestati più frequentemente richiesti nelle gare d'appalto); e) il ricorso all'ESPD (documento europeo unico di gara).

⁷⁶ Art. 59, par. 5, Direttiva 2014/24/EU, cit. Si veda: COMMISSIONE UE, *Interoperability in end-to-end eProcurement*, cit.

⁷⁷ Commissione UE, *Report on the ESPD survey*, Bruxelles, 2019. Vi si legge che il vero potenziale dei servizi digitali di compilazione dell'ESPD "*lies in its integration with other systems, including eCertis, registers (or databases) of certificates/evidences of each Member State and eProcurement platforms. The integration of these services and systems allows for the implementation of the Once Only Principle in eProcurement*".

⁷⁸ Ad oggi, il sistema *e-Certis* rappresenta un elenco dei requisiti degli operatori economici, delle prove documentali e degli enti certificanti ad essi relativi aggiornato e verificato su base volontaria dalle autorità nazionali (art. 59, par. 6 e art. 61 della Direttiva 2014/24/EU). Tuttavia, il considerando n. 87 della Direttiva prevede che "*l'obiettivo di e-Certis è agevolare lo scambio di certificati e altri documenti probatori*".

⁷⁹ I. LOCATELLI, *Process Innovation Under the New Public Procurement Directives*, cit., 58 ss. Nel 2017 la Commissione Europea ha pubblicato un *Report sull'applicazione pratica dell'ESPD negli Stati membri*, dal quale emerge come l'ESPD elettronico attualmente messo a disposizione dalla Commissione Europea è soltanto un modello transitorio "*poiché l'intero potenziale del DGUE dovrebbe essere sfruttato tramite l'integrazione di un DGUE "nazionale" con il sistema di appalti elettronici (e-procurement) e i registri o le banche dati dei certificati/delle prove di ogni Stato membro. Ciò permetterà di raggiungere tre diversi obiettivi: migliorare la personalizzazione e l'adattamento alle condizioni nazionali; promuovere la digitalizzazione della pubblica amministrazione; gettare le basi per la semplificazione delle procedure tramite l'applicazione del principio "once-only"*".

⁸⁰ Il Regolamento 2018/1724 del 20 ottobre 2018 sullo sportello digitale unico per l'accesso a informazioni, procedure e servizi di assistenza e di risoluzione dei problemi, prevede l'istituzione di un sistema tecnico per lo scambio transfrontaliero automatizzato di prove in applicazione del principio *once-only* (art. 14), comprese le prove inerenti alla qualificazione

La modifica del 2021 al Codice dei contratti pubblici⁸¹ e il recente decreto ministeriale recante le modalità di digitalizzazione delle procedure dei contratti pubblici⁸², hanno previsto che la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-professionale ed economico e finanziario, per la partecipazione alle procedure di affidamento e per il controllo in fase di esecuzione del contratto della permanenza dei suddetti requisiti, sia acquisita esclusivamente attraverso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici dell'ANAC, presso la quale dovrà essere istituito il fascicolo virtuale dell'operatore economico.

Superando il previgente sistema AVCPass⁸³, l'ANAC ha il compito di sviluppare in tal senso il fascicolo virtuale dell'operatore economico⁸⁴ nel quale dovranno essere inclusi tutti i dati per la verifica dell'assenza di motivi di esclusione, nonché i dati e documenti relativi ai criteri di sele-

delle imprese partecipanti alle procedure di affidamento di contratti pubblici (cfr. H. GRAUX, *The Single Digital Gateway Regulation as an Enabler and Constraint of Once-Only in Europe*, in R. KRIMMER, A. PRENTZA, S. MAMROT (a cura di), *The Once-Only Principle*, cit., 83 ss.). Entro il 12 giugno 2021 era prevista l'emanazione di un regolamento di esecuzione per definirne le specifiche tecniche e operative. La stessa Commissione ha espresso l'auspicio che tale sistema tecnico sia integrato con *e-Certis* e con l'ESPD: COMMISSIONE UE, *Interoperability in end-to-end eProcurement*, cit., 16. Peraltro, si ricordi come la Direttiva 2014/24/EU ha affidato alla Commissione un potere di adottare atti delegati a norma dell'articolo 87 per garantire l'interoperabilità dei formati tecnici nonché degli standard di elaborazione dei dati e di messaggistica, in particolare in un contesto transfrontaliero, per stabilire l'uso obbligatorio di tali standard tecnici specifici, in particolare per quanto riguarda l'uso della presentazione per via elettronica, i cataloghi elettronici e le modalità di autenticazione elettronica (art. 22, par. 7).

⁸¹ Art. 81, c. 1, d.lgs. n. 50 del 2016, cit., modificato dall'art. 53, c. 5, lett. d), l. n. 108 del 2021, cit.

⁸² Art. 20 del decreto 12 agosto 2021, n. 148 del Ministro per la pubblica amministrazione, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili e il Ministro dell'economia e delle finanze, *Regolamento recante modalità di digitalizzazione delle procedure dei contratti pubblici*.

⁸³ Con deliberazione dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici del 24 dicembre 2012, in attuazione dell'art. 6-bis d.lgs. n. 163 del 2006, era stato previsto che dal 1° gennaio 2013, la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-organizzativo ed economico-finanziario per la partecipazione alle procedure ivi disciplinate fosse acquisita presso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici, istituita presso la stessa Autorità. In attuazione di quella previsione fu introdotto il sistema "AVCPass". La versione originaria dell'art. 81 del d.lgs. n. 50 del 2016 aveva disposto invece che la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di partecipazione fosse acquisita attraverso una Banca dati degli operatori economici da istituirsi presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti. La norma rimase inattuata, con conseguente permanenza in vigore (con parecchie criticità) del precedente sistema AVCPass: G.M. RACCA, *La digitalizzazione necessaria dei contratti pubblici: per un'Amazon pubblica*, cit., 4677 ss.; F. GORGERINO, *Legal Basis and Regulatory Applications of the Once-Only Principle: The Italian Case*, cit., 119 ss.

⁸⁴ Comunicato del Presidente ANAC del 29 novembre 2021, *Indicazioni in ordine all'avvio del fascicolo virtuale dell'operatore economico*.

zione che l'operatore economico vi inserisce⁸⁵. L'interoperabilità tra le diverse banche dati, gestite dagli enti certificanti, coinvolte nel procedimento, nonché tra queste e le banche dati gestite dall'ANAC, dovrebbe essere assicurata secondo le modalità individuate dall'AgID con le Linee guida⁸⁶, ovviamente da coordinare con la prossima riforma.

I dati e documenti contenuti nel fascicolo virtuale, nei termini di efficacia di ciascuno di essi, saranno costantemente aggiornati e permetteranno di verificarne il possesso secondo un modello di "semaforo verde" (o "green pass" dell'operatore economico), in relazione alle differenti tipologie di contratti, con evidente semplificazione e nel rispetto del principio del *once-only*⁸⁷.

In tal modo, la trasparenza e la correttezza potrebbero assicurare una concorrenza leale rivolta alla tempestiva e corretta esecuzione del contratto e non alla vittoria della gara per errore del concorrente nell'allegare un documento o della stazione appaltante nel verificarlo⁸⁸. L'eventuale contenzioso su questi profili andrebbe anticipato e risolto in relazione a quanto si ricava dall'interrogazione del sistema con evidente utilità per gli operatori economici che potrebbero conoscere in tempo reale la propria qualificazione, sempre nel rispetto del principio di collaborazione e buona fede reciproca con la stazione appaltante.

4. *Il principio della collaborazione e della buona fede*

Il secondo principio è quello di buona fede, introdotto espressamente nel 2020 nell'art. 1 della legge sul procedimento amministrativo:

⁸⁵ Art. 81, c. 1, d.lgs. n. 50 del 2016, cit.: "la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-professionale ed economico e finanziario, per la partecipazione alle procedure disciplinate dal presente codice e per il controllo in fase di esecuzione del contratto della permanenza dei suddetti requisiti, è acquisita esclusivamente attraverso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici".

⁸⁶ Art. 81, c. 2, d.lgs. n. 50 del 2016, cit.

⁸⁷ Art. 81, c. 4, d.lgs. n. 50 del 2016, cit.

⁸⁸ R. CAVALLO PERIN, G.M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, n. 2/2010, 325-354. Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., sentenza del 2 aprile 2020 n. 10, fra i cui commenti si segnalano: A. CORRADO, *L'accesso civico generalizzato, diritto fondamentale del cittadino, trova applicazione anche per i contratti pubblici: l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato pone fine ai dubbi interpretativi*, in *federalismi.it*, n. 16/2020, 48-78; F. GORGERINO, *L'accesso come diritto fondamentale e strumento di democrazia: prospettive per la riforma della trasparenza amministrativa*, in *federalismi.it*, n. 5/2022, 96-127; F. MANGANARO, *La funzione nomofilattica dell'Adunanza plenaria in materia di accesso agli atti amministrativi*, in *federalismi.it*, n. 20/2021, 159-173; A. MOLTIERNI, *Pluralità di accessi, finalità della trasparenza e disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale diritto amministrativo*, n. 4/2020, 505 ss.

“I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede”⁸⁹.

Il principio di buona fede va correlato al principio della digitalizzazione *by default* reso cogente nel 2020: “Per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche agiscono mediante strumenti informatici e telematici, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati”⁹⁰. Non più, come nella versione previgente: “le amministrazioni pubbliche incentivano l’uso della telematica”⁹¹, bensì le amministrazioni “agiscono” mediante strumenti informatici e telematici, *rectius* digitali. Obbligo che trova copertura costituzionale nel principio di buon andamento, così come inteso dalle sentenze della Corte costituzionale nel senso di garanzia dei criteri di efficienza, efficacia ed economicità⁹².

La digitalizzazione richiede un rinnovato rapporto di fiducia tra amministrazione e cittadino, che nei contratti pubblici non è un semplice cittadino⁹³, ma è operatore economico⁹⁴, e fonda obblighi di collabora-

⁸⁹ Art. 1, c. 2-*bis*, l. l. 7 agosto 1990, n. 241, cit.

⁹⁰ Art. 3-*bis*, l. 7 agosto 1990, n. 241, cit., comma introdotto dall’art. 3, l. 11 febbraio 2005, n. 15, *Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull’azione amministrativa*, come modificato dall’art. 12, c. 1, lett. b), decreto-legge 16 luglio, n. 76, convertito con l. 11 settembre 2020, n. 120, cit.: “1. Per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche agiscono mediante strumenti informatici e telematici, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati”.

⁹¹ Il previgente art. 3-*bis*, l. 7 agosto 1990, n. 241, introdotto dall’art. 3, l. 11 febbraio 2005, n. 15, cit., disponeva: “Per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche incentivano l’uso della telematica, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati”.

⁹² Il principio di buon andamento, inteso come “vero cardine della vita amministrativa e quindi condizione dello svolgimento ordinato della vita sociale” (Corte cost., sent. 4 dicembre 1968 n. 123), è stato rappresentato dalla Corte costituzionale come obiettivo di efficienza dell’azione amministrativa (sent. 17 dicembre 1997, n. 404; sent. 5 marzo 1998, n. 40; sent. 23 marzo 2007, n. 104), di efficacia (sent. 23 novembre 2007, n. 401) e come economicità di gestione e contenimento dei costi dell’azione amministrativa (sent. 8 febbraio 1991, n. 60; sent. 23 luglio 1992, n. 356). Sul tema si veda: R. URSI, *La giuridificazione del canone dell’efficienza della pubblica amministrazione*, in B. MARCHETTI, M. RENNA (a cura di), *A 150 anni dall’unificazione amministrativa italiana - Studi - La giuridificazione*. Firenze, Firenze University Press, 445-475.

⁹³ Come già evidenziato da: A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. amm.*, n. 1/1998, 1-25, spec. 18-19.

⁹⁴ Rispetto a cui emerge la difficoltà dell’amministrazione contraente “*ad operare nel mercato*”, evidenziando una divergenza “*tra i fini delle amministrazioni pubbliche e le ragioni del mercato*” che “*ne favorisce la configurazione come «parte debole» nei rapporti contrattuali*”. Così, già: G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Jovene, Napoli, 2000, spec. 180.

zione e buona fede, dell'uno verso l'altro, fin dall'avvio della procedura e in tutto il rapporto giuridico amministrativo conseguente⁹⁵.

Un rapporto di fiducia reciproca che fonda obblighi di cooperazione e buona fede in capo ad entrambe le parti, nel perseguimento del comune interesse alla corretta selezione e tempestiva esecuzione dei contratti pubblici, mediante strumenti digitali⁹⁶.

Alla pubblica amministrazione è richiesta una buona fede "rafforzata" che include la coerenza e non contraddittorietà nel rispetto delle proprie norme di azione, che risulta in parte tipizzata dalle norme procedurali, ed in parte può restare atipica, come già sostenuto ampiamente in passato⁹⁷.

La normale atipicità del principio di correttezza viene specificata nei contratti pubblici, seppur non esaurita dalle regole di scelta del contraente che si pongono come disciplina delle trattative da osservarsi ove non si voglia incorrere in contraddittorietà e scorrettezza⁹⁸. Nella valutazione della violazione dei principi relazionali di correttezza e buona fede la violazione delle norme sulla formazione dei contratti diviene indice della scorrettezza della parte pubblica, che determina responsabilità, con conseguente condanna al risarcimento del danno. Le recenti pronunce sulla responsabilità precontrattuale accolgono l'estensione della relazione di correttezza fin dalla pubblicazione del bando⁹⁹ e riconoscono la ne-

⁹⁵ Come affermato da Cons. Stato, Ad. Plen., sent. 4 maggio 2018, n. 5, con nota di S. FOÀ, M. CALDERARO, *Responsabilità precontrattuale della P.a. tra correttezza e autodeterminazione negoziale*, in *Resp. civ. e prev.*, n. 5/2018, 1598-1613, e recentemente ribadito dalle Ad. Plen. nn. 19, 20 e 21 del 2021.

⁹⁶ Si veda: E. QUADRI, in questo Volume.

⁹⁷ L'atipicità del principio di correttezza consente di individuare nel tempo i comportamenti dovuti, correlati all'evoluzione della coscienza sociale, attraverso una progressiva specificazione nelle pronunce che sanzionano i comportamenti difforni, in un determinato contesto economico sociale, come già affermato in G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., spec. 358-359 e Id., voce *Correttezza (diritto amministrativo)*, in S. CASSESE (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2006, 1529-1536, spec. 1532. Cfr. C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2018, spec. 240. Si veda: F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Giappichelli, Torino, 2017, 316 ss.

⁹⁸ G.M. RACCA, *La responsabilità dell'organizzazione pubblica*, Relazione al Convegno *I caratteri della pubblica amministrazione a più di vent'anni dal decreto legislativo n. 165/2001*, Torino, 17-18 marzo 2022; Id., *Le responsabilità delle pubbliche amministrazioni digitali tra collaborazione e buona fede*, in *Dir. amm.*, 2022, in corso di pubblicazione.

⁹⁹ Cons. Stato, Ad. Plen., sent. 4 maggio 2018, n. 5, cit., laddove si afferma (punto 27) che: "a giudizio di questa Adunanza Plenaria, l'attuale portata del dovere di correttezza è oggi tale da prescindere dall'esistenza di una formale "trattativa" e, a maggior ragione, dall'ulteriore requisito che tale trattativa abbia raggiunto un livello così avanzato da generare una fondata aspettativa in ordine alla conclusione del contratto" fino all'affermazione (punto 55) che: "2.

cessità della correttezza nell'esecuzione in coerenza con la scelta concorrenziale fatta nella selezione¹⁰⁰.

Questo permette di qualificare la responsabilità della pubblica amministrazione per cattiva amministrazione o *maladministration* che genera disfunzioni e sprechi che vanno prevenuti e sanzionati¹⁰¹.

Si potrebbe sostenere la configurazione di una nuova responsabilità precontrattuale, o meglio da scorrettezza, "generalizzata", come responsabilità che richiede la coerenza e non contraddittorietà dei comportamenti, e che postula una nuova attività conoscitiva digitale che assicuri l'adeguatezza dell'organizzazione pubblica per la soddisfazione dei bisogni sociali¹⁰².

Nell'ambito del procedimento di evidenza pubblica, i doveri di correttezza e buona fede sussistono, anche prima e a prescindere dell'aggiudicazione, nell'ambito in tutte le fasi della procedura ad evidenza pubblica, con conseguente possibilità di configurare una responsabilità precontrattuale da comportamento scorretto nonostante la legittimità dei singoli provvedimenti che scandiscono il procedimento".

¹⁰⁰ Cons. Stato, Ad. Plen. 2 aprile 2020, n. 10, come già sostenuto in: R. CAVALLO PERIN, G.M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, cit., 325-354.

¹⁰¹ Sulla *maladministration* si veda il Piano Nazionale Anticorruzione 2019, adottato con delibera ANAC del 13 novembre 2019, n. 1064, 12, che mira a prevenire una vasta serie di comportamenti devianti, da quelli che costituiscono reati contro la pubblica amministrazione, ad "altri reati di rilevante allarme sociale, all'adozione di comportamenti contrari a quelli propri di un funzionario pubblico previsti da norme amministrativo-disciplinari anziché penali, fino all'assunzione di decisioni di cattiva amministrazione, cioè di decisioni contrarie all'interesse pubblico perseguito dall'amministrazione, in primo luogo sotto il profilo dell'imparzialità, ma anche sotto il profilo del buon andamento (funzionalità ed economicità)". Sui caratteri della corruzione come "fenomeno burocratico/pulviscolare, politico-amministrativo-sistemico", si veda già Corte dei conti, Sezioni riunite, Inaugurazione anno giudiziario 2013. Cfr. G.M. RACCA, *La prevenzione e il contrasto della corruzione nei contratti pubblici* (art. 1, commi 14-25, 32 e 52-58), in B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, Torino, 2013, 125-151; G.M. RACCA, C.R. YUKINS (a cura di), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, in *Droit Administratif / Administrative Law Collection* (Dir. by J.-B. AUBY), no. 18, Bruxelles, Bruylant, 2014; G.M. RACCA, R. CAVALLO PERIN, G.L. ALBANO, *Public Contracts and International Public Policy Against Corruption*, in M. AUDIT, S.W. SCHILL (a cura di), *Transnational Law of Public Contracts*, in *Droit Administratif / Administrative Law Collection* (Dir. by J.-B. AUBY), no. 20, Bruylant, Bruxelles, 2016, 845-878; G.M. RACCA, voce *Corruzione* (Dir. amm.), in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, aggiornamento, Utet Giuridica, Milano, 2017, 208-217.

¹⁰² F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Giappichelli, Torino, 1967; V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1967, spec. 33-34, in cui già si sottolineava come l'attività tecnica, alla luce dell'evoluzione tecnologica in un dato momento storico, venisse in rilievo per la p.a. non solo come strumentale e preordinata all'emanazione di un atto giuridico ma anche come attività "che direttamente realizza la cura di determinati interessi pubblici attribuita alla pubblica amministrazione" in ragione della sua efficacia complessiva "e cioè per la sua capacità globale di corrispondere a regola d'arte alla cura di determinati bisogni pratici della collettività (o della stessa amministrazione)".

Violazione degli obblighi sorti dal rapporto giuridico amministrativo tra stazione appaltante e operatore economico che pare determinare responsabilità da inadempimento¹⁰³, come già sostenuto sulla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione¹⁰⁴.

¹⁰³ Inadempimento di obblighi di informazione, di pubblicità, di non aggravamento, di rispetto, di segreto, di custodia, che si impongono alla p.a. e che prescindono dai singoli atti giuridici, qualificandosi come obblighi di protezione che la pubblica amministrazione deve assicurare per la sua peculiare posizione, al pari o ancor più delle altre organizzazioni complesse: G.M. RACCA, voce *Correttezza (diritto amministrativo)*, cit., spec. 1532. Obblighi di protezione gravanti sull'amministrazione che appaiono assai più articolati e pregnanti di quelli gravanti sul contraente nella fase delle trattative precontrattuali, su cui, si veda: F.G. SCOCA, *Per un'amministrazione responsabile*, in *Giur. cost.*, n. 6/1999, 4045-4062, spec. 4045. Sull'individuazione di obblighi di protezione della p.a. e delle altre organizzazioni complesse: A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia «non amministrativa» (Sonntagsgedanken)*, Giuffrè, Milano, 2005, 159 ss.; A. ROMANO TASSONE, *La responsabilità della P.A. tra provvedimento e comportamento (a proposito di un libro recente)*, in *Dir. amm.*, n. 2/2004, 209-229, spec. 13, già Relazione al Convegno del 13 novembre 2003 presso il Consiglio di Stato in occasione della presentazione del volume R. GAROFOLI, G.M. RACCA, M. DE PALMA, *La responsabilità della pubblica amministrazione e il risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003. Si richiamano, nella letteratura civilistica: C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, in *Jus*, n. 3/1998, 647-669, spec. 653. Cfr., già: L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm* 1956, II, 370; in *Scritti*, II, *Obbligazioni e negozio*, Giuffrè, Milano, 2011, 267-282, spec. 279, per cui, con riferimento agli obblighi prenegoziali che sorgono nei rapporti di diritto comune, ma che paiono estensibili anche al rapporto tra privati e p.a., pare possibile ravvisare degli obblighi (di comunicazione, di trasparenza, di custodia) inerenti alla relazione giuridica, in cui si traduce "l'impegno reciproco delle parti, fissato dall'art. 1337 c.c., di comportarsi secondo buona fede [che] non ha radice nel contratto successivamente concluso, essendo invece indifferente che le parti giungano alla (valida) stipulazione del contratto-scopo".

¹⁰⁴ La violazione delle norme nazionali ed europee che definiscono il comportamento corretto che la p.a. è tenuta ad adottare nelle procedure pubbliche di selezione del contraente "si configura come inadempimento che determina obblighi reintegratori (di correzione) o risarcitori (per equivalente) a titolo di responsabilità precontrattuale" secondo "un'interpretazione adeguatrice dell'art. 1337 cod. civ. che, superando gli orientamenti prevalenti nel nostro ordinamento, anche tra privati, risulta conforme alla disciplina posta dalle direttive europee": G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., 351; cfr. le recenti aperture volte a superare la natura giuridica aquiliana e accogliere la natura giuridica da inadempimento della responsabilità da scorrettezza: F.G. SCOCA, e V. NERI, interventi su *Rapporto procedimentale e responsabilità della p.a. Profili di giurisdizione* al Convegno "Questioni controverse di diritto amministrativo. Un dialogo tra Accademia e Giurisprudenza" organizzato da Ufficio Studi, massimario e formazione della Giustizia amministrativa, 1° aprile 2022, Roma, Palazzo Spada, laddove si richiama la recente Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 20 del 2021 che risolve il conflitto sul riparto di giurisdizione in materia di responsabilità per lesione dell'affidamento del privato qualificando il risarcimento come "rimedio", affidato alla giurisdizione del g.a. come "giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica" in quanto munito di "poteri idonei ad assicurare piena tutela, e quindi anche una tutela risarcitoria, per equivalente o in forma specifica, per il danno asseritamente sofferto anche in violazione di diritti fondamentali in dipendenza dell'ille-

Pare dunque possibile considerare la buona fede imposta espressamente alla pubblica amministrazione come caratterizzante della funzionalizzazione dei suoi atti a protezione rafforzata di tutti i rapporti giuridici amministrativi volti al perseguimento della buona amministrazione¹⁰⁵.

La digitalizzazione, nel connettere e mostrare con maggiore evidenza i fatti mediante gli strumenti di intelligenza artificiale, richiede un'evoluzione delle responsabilità, in particolare delle pubbliche amministrazioni. Pare necessario un tendenziale superamento delle concezioni strutturali della responsabilità come sanzionatoria, preventiva e riparatoria, con progressiva estensione della stessa. Pare opportuno aprirsi alle prospettive funzionali, verso la definizione di *standard* di azione (efficienza, efficacia ed economicità), con un riequilibrio di posizioni e la conseguente allocazione dei rischi, con individuazione dei costi/benefici, dei profili assicurativi, con analisi dell'impatto delle decisioni giurisdizionali¹⁰⁶.

Trattasi di un bilanciamento e della individuazione di *standard* conseguenti che necessita di una loro ridefinizione periodica, in ragione dei mutamenti del mercato di ciascun settore e delle strutture organizzative

gittimo esercizio del potere pubblico da parte della pubblica amministrazione” (Corte cost. sent. n. 140/2007). Sul tema: G.M. RACCA, S. PONZIO, *Evoluzioni sulla responsabilità precontrattuale delle pubbliche amministrazioni*, nota a Cass., Sez. I, sentenza 12 maggio 2015, n. 9636, in *Giur. It.*, 2015, 1963-1977.

¹⁰⁵ Cfr. A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubb.*, n. 1/2018, 121-139. Sul principio di buona amministrazione, di recente: D.-U. GALETTA, *Transizione digitale e diritto ad una buona amministrazione: fra prospettive aperte per le Pubbliche Amministrazioni dal PNRR e problemi ancora da affrontare*, in *federalismi.it*, n. 7/2022, 103-125; ID., *Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione*, in R. CAVALLO PERIN, D.-U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, cit., 85-117. Si veda: F. MERLONI, A. PIRNI, *Etica per le istituzioni. Un lessico*, Donzelli Editore, Roma, 2021, spec. 209 ss.; Cfr. A. ZITO, *Il 'diritto ad una buona amministrazione' nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nell'ordinamento interno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 2-3/2002, 425-444; L. VANDELLI (a cura di), *Etica pubblica e buona amministrazione. Quale ruolo per i controlli?*, Franco Angeli, Milano, 2009.

¹⁰⁶ G.M. RACCA, *Le responsabilità delle pubbliche amministrazioni digitali tra collaborazione e buona fede*, in *Dir. amm.*, 2022, in corso di pubblicazione. Si veda, da ultimo, S. D'ANCONA, *Contributo allo studio della progettazione in materia di appalti e concessioni. Una prospettiva dalle scienze comportamentali e cognitive*, Giappichelli, Torino, 2021. Cfr. S. SICA, *La responsabilità civile tra struttura, funzione e «valori»*, in *Resp. civ. prev.*, n. 4-5/1994, 543-558. Un'indagine di tipo “funzionale” della responsabilità civile, rivolta alla riduzione del costo degli incidenti è, come noto, evidenziata da G. CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, Giuffrè, Milano, 1975, spec. 47-58. Tale funzione può essere scissa in tre sottocategorie: riduzione “primaria” dei costi, mediante il metodo di prevenzione generale e specifica (ad esempio, attraverso l'introduzione di *standard* in materia di sicurezza); riduzione “secondaria” tramite le regole risarcitorie che governano la responsabilità degli agenti (ad esempio, del produttore) e riduzione “terziaria” o tipo efficientistico.

per essi adeguate, la cui rilevazione può essere data utilmente da strumenti di intelligenza artificiale¹⁰⁷.

Questa evoluzione potrebbe evitare quei fenomeni di estensione ed abuso della responsabilità civile, di *over compensation* che, soprattutto in passato, si sono verificati quando ad esempio per la consistenza dei risarcimenti, conveniva non vincere la gara e non chiedere di eseguire il contratto pubblico¹⁰⁸.

La digitalizzazione va quindi oggi intesa come strumento per responsabilizzare sia l'operatore economico, sia l'amministrazione: occorre ripensare una responsabilità dell'organizzazione limitando i profili di responsabilità del funzionario ai casi più gravi, individuati grazie ai nuovi strumenti tecnologici delle banche dati e dell'analisi dati¹⁰⁹.

Il ripensamento del sistema delle responsabilità e dell'assetto dell'amministrazione va perseguito in collegamento con il principio costituzionale di adeguatezza (art. 118 Cost.): le organizzazioni pubbliche sono chiamate a soddisfare bisogni sempre più vasti e complessi e per questo devono essere organizzazioni adeguate alla complessità, ed il principio costituzionale di adeguatezza fissa la correlazione tra organizzazione e funzioni che si devono soddisfare.

¹⁰⁷ R. CAVALLO PERIN, *Dalle riforme astratte dell'amministrazione pubblica alla necessità di amministrare le riforme*, in *Diritto Pubblico*, n. 1/2021, 73-82; ID., *Intelligenza Artificiale e Pubblica Amministrazione*, relazione alla Conferenza SNA - IISA "Ripensare la Pubblica Amministrazione", Sessione "Digitalizzare la PA", 25-29 gennaio 2021.

¹⁰⁸ L'applicazione del criterio del dieci per cento del valore dell'appalto con la potenziale equivalenza della quantificazione dell'interesse negativo a quello positivo era stato proposto come soluzione innovativa già in G.M. RACCA, *La quantificazione del danno subito dai partecipanti alla gara per l'affidamento di appalti pubblici*, in *Dir. amm.*, n. 1/1999, spec. 160-161. Nel tempo ha incentivato prassi distorsive con domande di risarcimento del danno senza la contestuale richiesta di annullamento dell'aggiudicazione, con deviazione superata in Italia dal nuovo codice del processo amministrativo che limita la mera richiesta di risarcimento del danno per equivalente senza contestale domanda di annullamento della gara (artt. 121 e 122, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, *Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo*). Su tali aspetti veda: G.M. RACCA, S. PONZIO, *Evoluzioni sulla responsabilità precontrattuale delle pubbliche amministrazioni*, cit., 1963-1977. Si veda, in giurisprudenza, l'Ad. Plen. n. 2/2017 del Consiglio di Stato che ha escluso la possibilità di ottenere l'equivalente del 10% dell'importo a base d'asta a titolo di risarcimento del danno da perdita di *chance* "sia perché detto criterio esula storicamente dalla materia risarcitoria, sia perché non può essere oggetto di applicazione automatica ed indifferenziata (non potendo formularsi un giudizio di probabilità fondato sull'id quod plerumque accidit secondo il quale, allegato l'importo a base d'asta, può presumersi che il danno da lucro cessante del danneggiato sia commisurabile al 10% del detto importo)".

¹⁰⁹ Si veda già V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, cit., spec. 85, secondo cui standard e regole tecniche risultanti dall'evoluzione delle conoscenze e delle abilità tecniche comuni ad una data società, in un dato momento storico, integrano "quella perizia la cui mancanza integra l'elemento della colpa nel caso di danno recato altrui".

La trasformazione digitale impone, infatti, di considerare i profili di responsabilità adeguati a prevenire i rischi nelle organizzazioni complesse, sia pubbliche che private, per la tutela dei diritti fondamentali¹¹⁰.

Non pare quindi possibile eludere un ripensamento della questione della responsabilità dell'organizzazione pubblica connessa alla digitalizzazione, anche a causa dell'inadeguatezza dell'impianto normativo esistente ad accertare e sanzionare condotte dannose connesse all'uso di sistemi tecnologici ad alta automazione, come quelli emergenti nel settore degli approvvigionamenti pubblici¹¹¹.

La possibilità di accedere a dati e informazioni in misura "aumentata" grazie alla digitalizzazione¹¹², richiede, nei settori ad elevati livelli di complessità e di rischio, come gli appalti, o la sanità¹¹³, un' "amministra-

¹¹⁰ PARLAMENTO UE, *Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica*, (2015/2103(INL)), considerando L). Cfr., di recente: COMMISSIONE UE, *Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale*, Bruxelles, 26.1.2022 COM(2022) 28 final, spec. 4, laddove si evidenzia la necessità di "una trasformazione digitale dell'Europa entro il 2030, in linea con i valori europei", in cui "imprese innovative e cittadini autonomi e responsabili coesistono in una società digitale antropocentrica, inclusiva, fiorente e sostenibile".

¹¹¹ PARLAMENTO UE, *Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica*, cit., considerando da Z) a AI). Si veda COMMISSIONE UE, *Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (Digital Markets Act)*, Brussels, 15.12.2020, COM(2020) 842 final. Si noti che con l'emendamento n. 49 del Parlamento europeo, approvato il 15 dicembre 2021, è stato introdotto il nuovo considerando n. 75-bis che richiama la necessità della cooperazione amministrativa per la regolazione del mercato digitale nell'UE promuovendo i principi di collaborazione e responsabilità delle imprese: "Al fine di facilitare la cooperazione e il coordinamento tra la Commissione e gli Stati membri nelle loro misure di esecuzione, è opportuno istituire un gruppo di regolatori ad alto livello con responsabilità nel settore digitale, avente la facoltà di offrire consulenze alla Commissione; l'istituzione del suddetto gruppo di regolatori dovrebbe permettere lo scambio di informazioni e di migliori prassi tra gli Stati membri, un migliore monitoraggio e, di conseguenza, un rafforzamento dell'attuazione del presente regolamento". Si veda similmente: COMMISSIONE UE, *Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo a un mercato unico dei servizi digitali (Digital Service Act) e che modifica la direttiva 2000/31/CE*, Bruxelles, 15.12.2020, COM(2020) 825 final, volta a regolamentare i servizi digitali secondo un quadro di responsabilità "stratificate" mirate a diversi tipi di servizi (cioè servizi intermediari, servizi di *hosting*, servizi di piattaforme online), introducendo una serie di obblighi asimmetrici armonizzati a livello UE per garantire l'affidabilità, la trasparenza e la responsabilità dello spazio online. Tra il marzo e l'aprile 2022 il Parlamento UE e il Consiglio hanno raggiunto un accordo politico provvisorio sia per il DMA che per il DSA, che richiedono ora l'approvazione formale da parte di entrambi per l'entrata in vigore.

¹¹² Si veda: R. CAVALLO PERIN, in questo Volume.

¹¹³ Su cui veda: G.M. RACCA, voce *Salute*, cit., 995-1015; R. FERRARA, *L'ordinamento della Sanità*, Giappichelli, Torino, 2020, spec. 10 ss. Si veda S. SICA, B. MARIA SABATINO, *Algoritmi e salute*, in G. FRANCO FERRARI (a cura di), *Smart city. Evoluzione di un'idea*, Mimesis,

zione responsabile”¹¹⁴. Ciò richiede di “spostare la propria attenzione dal trattamento alla prevenzione”¹¹⁵ nonché di dispiegare azioni mirate per un migliore adeguamento dell’amministrazione alla “società del rischio”¹¹⁶.

Dinanzi ai rischi connessi all’uso delle nuove tecnologie, specie in settori sensibili e ad alta complessità sistemica, anche il Parlamento europeo invoca la necessità di prevedere lo strumento dell’assicurazione obbligatoria, come già avviene per le automobili¹¹⁷ o, per altri versi, come previsto per le strutture ed i professionisti sanitari per l’elevato livello di complessità e “rischio” delle cure sanitarie¹¹⁸.

Pare pertanto necessario fondare l’azione amministrativa, transitante al digitale, su un approccio di tipo precauzionale che includa metodologie di *risk regulation*, come evidenziato nella recente proposta di Regolamento europeo sull’Intelligenza Artificiale¹¹⁹, privilegiando modelli di re-

Milano, 2020, 553-580: “*dinanzi ai rischi connessi all’uso delle nuove tecnologie, da più parti, a partire dal Parlamento europeo, si invoca la necessità di prevedere lo strumento dell’assicurazione obbligatoria*”, *infra*.

¹¹⁴ L’espressione “amministrazione responsabile” si deve a: F.G. SCOCA, *Per un’amministrazione responsabile*, in *Giur. cost.*, n. 6/1999, 4045-4062.

¹¹⁵ PARLAMENTO UE, *Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica*, cit., punto 34, in cui si richiamano i benefici connessi all’impiego degli strumenti dell’innovazione tecnologica in campo medico, tra cui l’eliminazione di errori nello svolgimento di operazioni ad alta precisione e nell’esecuzione di procedure ripetitive, con conseguente possibilità di destinare maggiori risorse per il personale medico, con una generale riduzione dei costi sanitari. Si veda: G. SDANGANELLI, *La gestione del rischio clinico e delle connesse responsabilità per l’effettività del diritto alla salute*, in *federalismi.it*, n. 5/2022, 214-235.

¹¹⁶ G.M. RACCA, voce *Salute*, cit., 995-1015; R. FERRARA, *L’ordinamento della Sanità*, cit., spec. 23-32. Si veda J.-B. AUBY, *Le droit administratif dans la société du risque : quelques réflexions*, *Rapport public 2005 : jurisprudence et avis de 2004. Responsabilité et socialisation du risque*, in *La Documentation française*, 2005, 351-357; su cui anche: F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell’amministrazione di rischio*, Giuffrè, Milano, 2005.

¹¹⁷ PARLAMENTO UE, *Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica*, cit., punti 57-58, laddove si evidenzia come, a differenza del regime assicurativo per i veicoli a motore, che copre azioni o errori umani, “*l’assicurazione dei robot dovrebbe tenere conto di tutte le potenziali responsabilità lungo la catena*” e si invita “*il settore assicurativo a elaborare nuovi prodotti e tipologie di offerte in linea con i progressi della robotica*”.

¹¹⁸ Art. 8, l. 8 marzo 2017, n. 24, *Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*. Sull’obbligo assicurativo in sanità si veda: P. PACILEO, S. SICA, Art. 10. *Obbligo di assicurazione*, in B. MEOLI, S. SICA, P. STANZIONE (a cura di), *Commentario alla legge 8 marzo 2017 n. 24*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, 221-240.

¹¹⁹ Si veda anche COMMISSIONE UE, *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull’Intelligenza Artificiale (Legge sull’Intelli-*

sponsabilità e assicurativi in grado di allocare il rischio secondo proporzionalità e adeguatezza¹²⁰.

Approccio precauzionale che può fondarsi sui richiamati principi di collaborazione e buona fede che, nel settore dei contratti pubblici, richiedono il superamento dei bizantinismi delle procedure di gara¹²¹, dando fondamento scientifico agli *standard* individuati con gli strumenti dell'intelligenza artificiale¹²².

Alcune soluzioni saranno rese evidenti sulla base dei dati, altre necessiteranno adattamenti progressivi con la definizione dei nuovi *standard* con l'effetto di "cristallizzare" in regole predefinite i modelli di funzionamento dei sistemi interconnessi e ad alta automazione¹²³.

La progressiva tendenza all'acquisizione di dati e informazioni da parte di pubbliche amministrazioni da altre banche dati pubbliche, in forma automatizzata e senza l'intermediazione di un funzionario, richiede sia l'elaborazione di *standard* qualitativi dei dati pubblici che riducano il rischio di errori dei dati stessi, sia la definizione dei ruoli e responsabilità per il rispetto di questi *standard* e la possibilità di verifica umana della ragionevolezza dei risultati¹²⁴.

genza Artificiale), Bruxelles, 21.4.2021, COM(2021) 206 final, 2021/0106(COD), in cui si propone di utilizzare "a proportionate and risk-based European regulatory approach" al fine di promuovere l'uso delle nuove tecnologie secondo un modello basato sulla gestione differenziata dei rischi associati a specifiche applicazioni di IA.

¹²⁰ PARLAMENTO UE, *Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica*, cit., punti 53-54 sulla scelta di "applicare l'approccio della responsabilità oggettiva o della gestione dei rischi", con la precisazione che "l'approccio di gestione dei rischi non si concentra sul singolo" agente che ha agito con negligenza bensì "sulla persona [rectius, organizzazione] che, in determinate circostanze, è in grado di minimizzare i rischi e affrontare l'impatto negativo", scelta che pare richiamare il concetto di responsabilità per rischio d'impresa su cui, per tutti, si veda: P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffrè, Milano, 1961.

¹²¹ Cfr. M. LIPARI, in questo Volume; G.M. RACCA, *Le centrali di committenza nelle nuove strategie di aggregazione dei contratti pubblici*, in *Italiadecide - Rapporto 2015*, Il Mulino, Bologna, 2015, 508 ss.; G.M. RACCA, *Dall'Autorità sui contratti pubblici all'Autorità nazionale anticorruzione: il cambiamento del sistema*, in *Dir. amm.*, n. 2-3/2015, 345-387.

¹²² R. CAVALLO PERIN, *Dalle riforme astratte dell'amministrazione pubblica alla necessità di amministrare le riforme*, cit., 73-82.

¹²³ Sul procedimento di standardizzazione, specie in ambito informatico, si veda: R. CAVALLO PERIN, I. ALBERTI, *Atti e procedimenti nativi digitali*, 119-158, e G. CARULLO, *Dati, banche dati, blockchain e interoperabilità dei sistemi informatici nel settore pubblico*, 191-221, spec. 215, entrambi in R. CAVALLO PERIN, D.-U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, cit.

¹²⁴ E. CARLONI, *Qualità dei dati, big data e amministrazione pubblica*, in R. CAVALLO PERIN (a cura di), *L'amministrazione pubblica con i big data: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale*, Torino, Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino, 2021, 117-130.

Le responsabilità dell'organizzazione conseguirebbero alla errata definizione degli *standard*, con conseguente necessità di correggere le distorsioni, similmente a quanto già avviene nei casi di malfunzionamenti di piattaforme e sportelli telematici ove, la responsabilità consegue alle sue scelte organizzative¹²⁵.

In tal modo, la conformità agli *standard* di amministrazione, identificati e presidiati tramite l'intelligenza artificiale, consente di determinare e sanzionare la responsabilità dell'amministrazione con l'esclusione di quella del funzionario, che potrà intervenire a correggerli ove nel caso concreto, determinino distorsioni¹²⁶.

La responsabilità dell'organizzazione, con la richiamata possibilità di correggere le disfunzioni, permette l'allocazione dei rischi e il ristoro dei danni secondo un bilanciamento adeguato a tutelare le parti coinvolte.

La tracciabilità digitale, come richiamato, consente di superare la necessità della Posta Elettronica Certificata (PEC), invenzione tutta italiana che ha portato ad usi devianti rispetto ai fini originari¹²⁷, come in

¹²⁵ Se l'amministrazione decide di avvalersi di un sistema telematico, ad esempio di accettazione di domande di partecipazione a bandi pubblici, si ritiene che il privato, né tanto meno il funzionario privo delle conoscenze del meccanismo, non possano subire conseguenze negative da malfunzionamenti che non dipendano da una sua negligenza. A. SIMONCINI, *Amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale*, in R. CAVALLO PERIN, D.-U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, cit., 1-42, spec. 10. Cfr. M.C. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'Amministrazione nella società dell'algoritmo*, in *federalismi.it*, n. 16/2019; M. D'ANGELOSANTE, *La consistenza del modello dell'amministrazione 'invisibile' nell'età della tecnificazione: dalla formazione delle decisioni alla responsabilità per le decisioni*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA (a cura di), *La tecnificazione*, in L. FERRARA, D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall'Unificazione amministrativa italiana*, vol. IV, Firenze University Press, 2016, 156 ss.

¹²⁶ R. CAVALLO PERIN, *Dalle riforme astratte dell'amministrazione pubblica alla necessità di amministrare le riforme*, cit., spec. 80-82. Si veda: R. CAVALLO PERIN, I. ALBERTI, *Atti e procedimenti nativi digitali*, in R. CAVALLO PERIN, D.-U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, cit., 119-158, spec. 127. Si richiede, a tal fine, che la responsabilità che consegue alla scelta istituzionale di ricorrere a un sistema informativo, con evidente agevolazione dell'azione amministrativa, debba essere "controbilanciata dalla capacità di rimediare alle occasionali possibili disfunzioni, in particolare attraverso lo strumento procedimentale del soccorso istruttorio", su cui: Cons. Stato, 25 gennaio 2013, n. 481.

¹²⁷ Ancora il Consiglio di Stato, Sez. V, nella sentenza del 31 agosto 2021 n. 6132, che ha confermato l'annullamento dell'esclusione da una procedura aperta di Consip per mancato riscontro alla richiesta di soccorso istruttorio, fondato sull'illegittimità della trasmissione della richiesta documentale all'impresa solamente attraverso l'"Area Comunicazioni" della piattaforma telematica riservata ai concorrenti, che peraltro genera automaticamente anche una email di cortesia all'indirizzo di posta elettronica ordinaria indicato dai concorrenti stessi, e non anche tramite posta elettronica certificata. A fronte di orientamenti contrastanti fra i

passato si era superata la ceralacca. Si supera la necessità delle formalità della seduta pubblica di apertura delle buste¹²⁸, e si impone agli operatori economici di accettare le nuove “regole del gioco” digitale¹²⁹.

Gli operatori economici saranno chiamati a cogliere le opportunità della semplificazione del fascicolo virtuale dell’operatore economico¹³⁰, superando anche interpretazioni restrittive e dilatorie, che la stessa Corte di Giustizia¹³¹ potrà accogliere con interpretazioni evolutive, basate sul *favor* per la transizione digitale.

Ancora il riferimento al confronto con il pragmatismo americano ci conferma che non pare opportuno separare la gara dall’esecuzione: il ciclo completo del contratto pubblico va considerato nella sua interezza fino alla conclusione dell’esecuzione, sia dal punto di vista organizzativo, sia per il contenzioso¹³².

giudici di primo grado, il Collegio ha ritenuto che la soluzione preferibile, in assenza di una previsione (nella specie mancante) della *lex specialis* che riconduca espressamente la richiesta introduttiva del soccorso istruttorio tra le comunicazioni effettuabili mediante la piattaforma informatica, sia quella per cui detta richiesta debba essere effettuata via PEC, perché tale sarebbe il sistema di invio di comunicazioni con valore legale e quindi l’unico idoneo a garantire la conoscenza delle comunicazioni a valenza individuale, sistema da superare in sede di riforma. Si veda M. LIPARI, in questo Volume.

¹²⁸ La giurisprudenza ha più volte ribadito che la modalità telematica di svolgimento della gara, con caricamento della documentazione su piattaforma informatica messa a disposizione dei concorrenti, consente di tracciare in maniera incontrovertibile i flussi di dati tra i singoli operatori partecipanti, garantendo un’immediata e diretta verifica della data di confezionamento dei documenti trasmessi, della loro acquisizione e di ogni eventuale tentativo di modifica, ed è pertanto idonea a garantire la trasparenza, anche in assenza di seduta pubblica, anche per l’apertura delle offerte tecniche (e di quelle offerte economiche), per la maggiore sicurezza quanto alla conservazione dell’integrità degli atti che offre (cfr. Cons. Stato, Sez. III, n. 627 del 2021; Cons. Stato, Sez. V, n. 1700 del 2021; Cons. Stato, Sez. III, 5 dicembre 2019, n.8333; III, 13 dicembre 2018, n.7039; III, 15 novembre 2016, n. 4990; Cons. Stato, Sez. III, 3 ottobre 2016, n. 4050; Cons. Stato, V, 29 ottobre 2014, n. 5377).

¹²⁹ Cfr. ANAC, bando tipo n. 1, recante lo schema di disciplinare di gara per le procedure aperte telematiche 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, approvato con delibera n. 773 del 24 novembre 2021.

¹³⁰ Cfr. M. CLARICH, in questo Volume, e *supra*, par. precedente.

¹³¹ Si veda *supra*, par. precedente.

¹³² Art. 1, c. 2, lett. ff), d.d.l. 2330-A, cit., laddove si prevede che l’attuazione della delega avvenga nel rispetto dei seguenti principi: “*razionalizzazione della disciplina concernente i meccanismi sanzionatori e premiali finalizzati a incentivare la tempestiva esecuzione dei contratti pubblici da parte dell’aggiudicatario, anche al fine di estenderne l’ambito di applicazione*”, nonché lett. bh): “*estensione e rafforzamento dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione del contratto*”. Si veda nel diritto francese, la nozione di “*contrats administratifs*” che qualifica i contratti che vedono come parte le pubbliche amministrazioni e a cui si applica un regime di diritto amministrativo che

La tracciabilità assicurata dalle piattaforme favorirà il raggiungimento del risultato di una corretta e tempestiva esecuzione. Nel modello americano le controversie con le imprese sono risolte in dieci giorni dal GAO (*Government Accountability Office*), senza alcun risarcimento, ma solo correggendo la procedura per passare rapidamente all'esecuzione¹³³. Come da noi avveniva, con una decisione precoce¹³⁴, molti anni prima delle direttive ricorsi, secondo una prassi che più di recente ha cominciato ad essere agevolata dal Consiglio di Stato che tende a marginalizzare le ipotesi di risarcimento del danno¹³⁵.

I nuovi principi positivi di collaborazione e buona fede che si impongono in misura reciproca all'amministrazione e ai privati e cittadini, nella nuova prospettiva offerta dalla digitalizzazione, possono essere attuati con gli strumenti di intelligenza artificiale e con il presidio della responsabilità, con un'evoluzione del rapporto giuridico amministrativo che permetta di rifondare le basi della buona amministrazione.

Si è detto che senza una buona amministrazione, intesa quest'ultima essenzialmente come organizzazione pubblica adeguata, corretta ed effettiva, non vi può essere una Costituzione¹³⁶. Per questo, l'imminente riforma del sistema dovrà assicurare ai cittadini di sperimentare, presto, contratti e servizi pubblici che assicurino una buona amministrazione digitale.

disciplina sia la conclusione che l'esecuzione, con conseguente concentrazione delle relative controversie e del contenzioso in capo al giudice amministrativo. Si veda: N. GABAYET, *National and international reports - Rapports nationaux et internationaux. France*, in S. DE LA ROSA, P. VALCARCEL FERNANDEZ, *Les principes des contrats publics en Europe/Principles of public contracts in Europe*, cit., 2022, 239-260. Si veda anche: V. CERULLI IRELLI, in questo Volume.

¹³³ C.R. YUKINS, A. YOUNG, K. ITTIG, E. VALLE, *GSA's Commercial Marketplaces Initiative: Opening Amazon and Other Private Marketplaces To Direct Purchases By Government Users*, Briefing Papers (Thomson Reuters), no. 20-13, Dec. 2020.

¹³⁴ Per riferimenti: G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., 416 ss.

¹³⁵ Sui limiti della risarcibilità del danno conseguente a scorrettezza precontrattuale, si veda di recente: TAR Campania (Napoli), Sez. II, 22 marzo 2022, n. 1903; Cons. Stato, Sez. III, 2 aprile 2019, n. 2181; Cons. Stato, Sez. IV, sent. 12 luglio 2021 n. 5274; Cons. Stato, Sez. III, sent. 22 giugno 2021, n. 4786.

¹³⁶ R. CAVALLO PERIN, *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e l'integrazione europea*, in *A 150 anni dall'unificazione amministrativa europea*, a cura di L. FERRARA, D. SORACE, vol. I, Firenze University Press, 2016, 3-36, spec. 23; 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.

VINCENZO CERULLI IRELLI

LE INNOVAZIONI NORMATIVE
E I CONTRATTI PUBBLICI

SOMMARIO: 1. Verso una nuova disciplina dei contratti pubblici. – 2. Carenze della disciplina vigente. – 3. Innovazioni alla disciplina del *Codice* introdotta da provvedimenti recenti. – 4. Valutazioni di carattere generale sul testo della legge delega approvato dal Senato. – 5. Valutazioni su singoli punti del testo di legge delega approvato dal Senato. – 6. Qualche conclusione.

1. *Verso una nuova disciplina dei contratti pubblici*

È in corso di elaborazione la nuova disciplina dei contratti pubblici attualmente contenuta nel *Codice dei contratti pubblici*¹ adottato in espressa attuazione delle Direttive europee 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE², nel quale sono state successivamente introdotte molteplici integrazioni e modifiche e che risulta per opinione generale un testo largamente insoddisfacente. Proprio la sede del Consiglio di Stato, nella quale ci troviamo, potrà essere quella delegata all'elaborazione dei decreti legislativi, come espressamente previsto dal *disegno di legge delega* in materia, approvato dal Senato il 9 marzo 2022 e attualmente all'esame della Camera³.

Si tratta di una disciplina che nel nostro ordinamento, nella parte relativa alla fase preparatoria del contratto e alla fase di aggiudicazione dello stesso, è formata da *norme di diritto pubblico* e si articola in *procedimenti amministrativi* soggetti alla giurisdizione del giudice amministrativo. Dato, questo, non scontato tuttavia, e non imposto dalla normativa europea (per la quale è indifferente la natura delle norme che regolano i

¹ D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, *Codice dei contratti pubblici*.

² Direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione; Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE e Direttiva 2014/25/UE sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali.

³ D.d.l. 2330-A, *Delega al Governo in materia di contratti pubblici*, approvato dal Senato il 9 marzo 2022.

procedimenti previsti dalle Direttive) ma ormai consolidato in alcuni ordinamenti dei Paesi membri (come da noi e in Francia, ma non in Germania).

La normativa originaria delle nostre leggi di contabilità è concepita, come è noto, per assicurare alle pubbliche amministrazioni i contratti alle migliori offerte sia in termini di prestazioni che di prezzo; si direbbe, come suggeriva Giannini, una disciplina finalizzata a uno scopo di azienda, cioè nell'interesse dell'amministrazione e soprattutto nell'interesse finanziario dell'amministrazione⁴.

Nell'evoluzione giurisprudenziale è emersa via via l'esigenza della tutela dei terzi, cioè di coloro che partecipano al procedimento di aggiudicazione (pubblici incanti) ai quali viene via via riconosciuta la titolarità di una situazione protetta (da noi, l'interesse legittimo) tutelata davanti al giudice amministrativo, ribaltando la precedente impostazione che sulla base della legge del 1865 configurava la materia contrattuale pubblica, nella sua intierezza, affidata alla giurisdizione ordinaria (ciò che escludeva la tutela degli interessi dei terzi). Questa linea giurisprudenziale emerge tardi da noi, intorno agli anni '20, e in Francia a partire dal 1904.

Connesso alla tutela degli interessi di coloro che partecipano al procedimento di aggiudicazione, è il principio che via via acquista rango costituzionale, *della par condicio tra costoro, come operatori economici*, nei confronti dell'ente aggiudicatore: ciò significa che le loro offerte devono essere trattate con criteri oggettivi, senza ragioni di preferenza, secondo regole procedurali predeterminate, finalizzate alla tutela dei loro interessi protetti, oltre che degli interessi di cui è portatore l'ente aggiudicatore. Come in altro settore, quello dei pubblici concorsi, per l'accesso agli impieghi pubblici, il principio della *par condicio* tra aspiranti candidati all'impiego, cui viene riconosciuta la titolarità di una situazione protetta, attratta al sindacato della giurisdizione amministrativa, che nel 1923 diventa giurisdizione esclusiva.

In tempi più recenti, anche sulla forte spinta dei principi del *Trattato europeo*, emerge il principio della *tutela della concorrenza* (accolto in Costituzione con la riforma del 2001), come quello centrale nella materia della contrattazione pubblica. Una sorta di stravolgimento dell'originaria impostazione, dalla centralità della tutela dell'interesse della pubblica am-

⁴ Si vedano: artt. 3 ss., r.d. 18 novembre 1923 n. 2440, *Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato*; artt. 36 ss., r.d. 23 maggio 1924, n. 827, *Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato*.

ministrazione a ottenere i migliori risultati contrattuali, alla centralità dell'interesse del mercato: dei diversi mercati di settore nei quali la contrattazione pubblica va a incidere, tra i quali, quello degli appalti di lavori, servizi e forniture, alla cui regolazione sono rivolte le direttive europee, risulta, com'è noto, di dimensioni particolarmente rilevanti. Nel mercato di settore deve essere assicurata la massima possibile competizione tra gli operatori economici, così da renderne più efficienti le prestazioni, anche (si direbbe soprattutto) nell'interesse dei consumatori e degli utenti.

Questa impostazione ha dato luogo ad una disciplina nel suo insieme piuttosto intesa allo scopo di assicurare la più corretta competizione tra gli operatori economici, con minuziose norme procedurali intese a ridurre al minimo la libertà di scelta delle pubbliche amministrazioni, piuttosto che ad assicurare che vengano aggiudicati i contratti più idonei dal punto di vista degli interessi delle stesse amministrazioni, anche con riferimento alle modalità e ai tempi delle prestazioni previste dai contratti e quindi ai risultati da produrre nell'interesse della collettività.

Si potrebbe dire che nella materia si verifica *una dialettica tra i due fondamentali principi di imparzialità e di buon andamento*, considerando che il primo principio rende necessaria una disciplina che assicuri che nei procedimenti di aggiudicazione siano scrupolosamente tutelati gli interessi di tutte le parti (anche nell'interesse superiore della tutela della concorrenza) e ogni violazione sia sanzionata con l'annullamento del procedimento, aprendo dunque le possibilità di partecipazione degli operatori pretermessi; mentre il secondo principio rende necessaria una disciplina che consenta la pronta ed efficace realizzazione delle opere, la corretta e continuativa prestazione dei servizi e delle forniture. Si rileva in questa materia quella notazione generale, che riguarda un po' tutto l'andamento del nostro diritto amministrativo nella fase più recente, nella quale il principio di imparzialità, nelle sue conseguenze procedurali e processuali, finisce col "*fagocitare il principio del buon andamento*"⁵.

2. Carenze della disciplina vigente

La disciplina vigente, come si accennava, risulta carente sia con riferimento al primo principio che al secondo. Per quanto riguarda il primo, siamo di fronte ad una disciplina estremamente caotica, aggravata da adempimenti inutili, che si articola in procedimenti troppo minuziosi,

⁵ F. MERUSI, *L'“imbroglio” delle riforme amministrative*, Mucchi, Modena, 2016.

continui “*trabocchetti*”, che ne rendono difficile l’applicazione da parte delle pubbliche amministrazioni e aggravano l’attività degli operatori economici, suscitando un gigantesco contenzioso. E sappiamo bene che l’*entità del contenzioso* in un determinato settore della pubblica amministrazione è prova della inefficienza, della inadeguatezza, della disciplina di quel settore (una buona amministrazione per definizione è una amministrazione poco contenziosa).

In ordine alla capacità della disciplina vigente di consentire il *raggiungimento di risultati efficienti in punto della realizzazione delle opere e della fornitura dei servizi, cioè di risultati utili per la collettività*, è sotto gli occhi di tutti la situazione di fermo delle opere pubbliche, i ritardi nella loro realizzazione, la lunghezza anche di parecchi anni dei procedimenti di aggiudicazione, la frammentazione tra una miriade di amministrazioni (migliaia), c.d. stazioni appaltanti, della “*funzione appalti*”, che come funzione centrale nell’ambito di un mercato fondamentale per lo sviluppo economico del Paese, dovrebbe seguire una regia tendenzialmente unitaria.

Questa situazione, comporta tra l’altro, come viene rilevato da tutti gli istituti di analisi in materia, *un calo consistente di investimenti* nelle infrastrutture pubbliche. Ed è un dato che nell’attuale vicenda di *necessaria attuazione* da parte dello Stato italiano del *Piano nazionale di ripresa e resilienza*, PNRR⁶, diventa, si direbbe, bruciante, perché la necessità di superare questi ostacoli alla realizzazione delle opere, diviene elemento dirimente al fine dell’attuazione del Piano e quindi dell’accredito delle risorse da parte dell’Unione Europea. Invero, non è soltanto a causa della disciplina dei contratti pubblici che si pongono rilevanti difficoltà in ordine all’attuazione del Piano (basti pensare al contenzioso sulla collocazione territoriale degli impianti per la produzione dell’energia, dove si scontrano interessi contrapposti anche di carattere sociale) ma *la disciplina dei contratti pubblici è certamente uno degli elementi fondamentali del nostro ordinamento positivo sui quali intervenire con urgenza* al fine della corretta attuazione del Piano.

Da parecchi anni *l’obiettivo di modificare radicalmente questa disciplina* si colloca al centro dell’agenda di governo, dell’attenzione delle forze politiche e della dottrina. E la questione è stata sollevata con forza e autorevolezza *dall’A.G.C.M., nella Segnalazione al Governo sulla legge annuale di concorrenza del 2021*, ai sensi degli artt. 21 e 22 della l. n.

⁶ Regolamento UE 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza.

287/1990⁷. L'Autorità ha segnalato molti punti sui quali intervenire, sino a suggerire *la possibilità di sospendere temporaneamente l'applicazione del Codice*, almeno per i contratti che rientrano nel PNRR, ai quali applicare le sole norme contenute nelle Direttive europee del 2014, salve le dovute integrazioni. Ciò consentirebbe, secondo l'Autorità, di eliminare alcune norme del vigente *Codice*, come i limiti al ricorso al subappalto e all'avvalimento, e le restrizioni alla discrezionalità delle stazioni appaltanti in materia di appalto integrato, e così via, che non trovano riscontro nella normazione europea.

Al di là di tale suggerimento, a valenza temporanea, peraltro di difficile attuazione, in ordine alla necessità di introdurre una nuova disciplina a regime l'Autorità anzitutto sottolinea con forza, in termini generali, la necessità che la normazione nazionale *non debba in alcun modo introdurre "oneri non necessari e più elevati rispetto a quelli previsti dalla Direttive europee"*; come vincolo insuperabile salve possibili ma eccezionali deroghe da motivare con riferimento a superiori interessi (divieto di *gold plating*).

Nella proposta dell'Autorità viene evidenziata la necessità di ripristinare un ambito proprio di *discrezionalità delle stazioni appaltanti*, troppo compressa dalla pluralità e pervasività delle norme. In tale prospettiva, vorrei segnalare la necessità di un superamento dell'idea diffusa che da troppi anni circola nell'opinione pubblica, ma anche nelle istituzioni, secondo cui il settore degli appalti pubblici sarebbe una sede privilegiata, diciamo così, di corruzione. Da cui anche la scelta legislativa, a mio giudizio priva di giustificazione e unica sul piano comparatistico, di affidare la vigilanza del settore dei contratti pubblici all'Autorità anticorruzione, come se ci fosse una coincidenza delle due politiche pubbliche. Senza pensare che la corruzione purtroppo c'è dappertutto e non è caratteristica precipua del settore degli appalti pubblici.

Più specificamente, l'Autorità suggerisce di rimuovere le limitazioni al *subappalto*, come è noto, in contrasto con le discipline europee, che *"ostacolano ingiustificatamente la partecipazione...delle piccole e medie imprese"*; *"i divieti generali e i limiti ingiustificati all'impiego dell'avvalimento"*; il *limite*, nell'ambito delle offerte economicamente più vantaggiose, costituito dal *30 per cento come tetto massimo per il punteggio economico*; e nella stessa ottica, *"di eliminare i vincoli delle stazioni appal-*

⁷ L. 10 ottobre 1990, n. 287, *Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*. Segnalazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (A.G.C.M.) al Governo, *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della Legge annuale per il Mercato e la Concorrenza*, 23 marzo 2021.

tanti e di permettere una più attenta considerazione delle offerte economiche”, la possibilità di escludere offerte enormemente basse senza prima chiedere agli offerenti di fornire giustificazioni. E così via.

Al di là di questi interventi specifici, da ritenere assolutamente necessari, emerge, come punto centrale nella revisione della disciplina vigente, secondo un’opinione peraltro generalmente condivisa da tutti gli analisti del settore, quello *della qualificazione e della razionalizzazione delle stazioni appaltanti*, rimasto sospeso a fronte dei veti incrociati in ordine all’applicazione delle norme del *Codice* (sul punto, ben impostate), nonché quello della *qualificazione degli operatori economici*, che necessita, per rendere agibile e meno perplesso il lavoro di valutazione delle stazioni appaltanti, della implementazione di Base dati e di piattaforme digitali centralizzate.

3. *Innovazioni alla disciplina del Codice introdotta da provvedimenti recenti*

In questi ultimi anni, soprattutto attraverso *i decreti c.d. semplificazione*⁸, sono state introdotte *una serie molto ampia di innovazioni* nella disciplina del *Codice*, dichiaratamente intese a sanare i difetti della disciplina vigente in entrambi gli aspetti sopra indicati, l’accelerazione e la semplificazione delle procedure, il monitoraggio dell’esecuzione dei contratti, e così via. *La disciplina oggi vigente*, tuttavia *frammentata* tra misure a termine e a regime, tra misure relative solo ai contratti inseriti nell’ambito del PNRR e degli altri programmi europei, e misure a valenza generale, *risulta molto diversa da quella originaria del Codice*.

Con riferimento ai soli *progetti che rientrano nell’ambito del PNRR* e degli altri Piani previsti dalla normativa europea⁹ nonché del Piano na-

⁸ Decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, *Misure urgenti per la semplificazione e l’innovazione digitali* (c.d. Decreto Semplificazioni), conv. in l. 11 settembre 2020, n. 120; decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, *Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure*, conv. in l. 29 luglio 2021, n. 108.

⁹ Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza; Regolamento (UE) 2018/1999 del Parlamento Europeo e del Consiglio dell’11 dicembre 2018 sulla governance dell’Unione dell’energia e dell’azione per il clima che modifica le direttive (CE) n. 663/2009 e (CE) n. 715/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, le direttive 94/22/CE, 98/70/CE, 2009/31/CE, 2009/73/CE, 2010/31/UE, 2012/27/UE e 2013/30/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, le direttive del Consiglio 2009/119/CE e (UE) 2015/652 e che abroga il regolamento (UE) n. 525/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio.

zionale per gli investimenti complementari¹⁰, l'art. 50 del d.l. n. 77/2021 ha previsto *tre strumenti acceleratori*: l'attribuzione in capo alla figura apicale o all'unità organizzativa di cui all'art. 2, c. 9-*bis* della l. 241/1990, del *potere sostitutivo* in caso di inerzia nella stipulazione del contratto, nella consegna dei lavori o nella costituzione del collegio consultivo tecnico¹¹; la possibilità, per la stazione appaltante, di prevedere nel bando o nell'avviso di gara un premio di accelerazione per ciascun giorno di anticipo nell'ultimazione dei lavori; una deroga all'art. 113-*bis* del *Codice* che *inasprisce la disciplina relativa alle penali per il ritardato adempimento* (da calcolare in misura giornaliera tra lo 0,6 per mille e l'1 per mille dell'ammontare netto contrattuale, con il limite massimo del 20% di detto ammontare).

Lo stesso d.l. 77/2021, all'art. 46, ha introdotto alcune rilevanti modifiche all'istituto del *dibattito pubblico*, per gli interventi che rientrano nell'ambito del PNRR e del PNC, prevedendo che possano essere individuate soglie dimensionali delle opere da sottoporre obbligatoriamente a dibattito pubblico inferiori a quelle, troppo elevate, previste dall'allegato 1 del d.p.c.m. n. 76/2018. La norma, inoltre, accelera il procedimento prevedendo una durata massima del dibattito pubblico di trenta giorni (contro i 4 mesi previsti dall'art. 5, c. 2, del d.p.c.m. 76/2018) nonché la riduzione di tutti i termini della metà; e prevede altre norme semplificatorie, nonché l'istituzione, ad opera della Commissione nazionale per il dibattito pubblico, di un elenco di soggetti in possesso di comprovate competenze cui conferire l'incarico di "*coordinatore del dibattito pubblico*".

Una nuova procedura speciale è prevista per alcuni specifici interventi del PNRR che rilevano per la loro particolare complessità o per il loro rilevante impatto¹². In tali casi, al fine di semplificare e velocizzare la procedura, è previsto che tutti i pareri e le autorizzazioni richieste (la VIA, la verifica archeologica, il dibattito pubblico, ecc...) siano acquisiti sullo stesso livello progettuale, ossia il progetto di fattibilità tecnico-economica, il cui contenuto essenziale viene definito dal Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici (Comitato speciale istituito al suo interno, con il compito di indicare eventuali modifiche o integrazioni da apportare al progetto di fattibilità tecnico-economica).

¹⁰ Decreto-legge 6 maggio 2021, n. 59, *Misure urgenti relative al Fondo complementare al Piano nazionale di ripresa e resilienza e altre misure urgenti per gli investimenti*.

¹¹ Si veda subito *infra*: si tratta di un rinvio al potere sostitutivo già previsto dall'art. 2, cit., come modificato dall'art. 61 dello stesso decreto-legge 77/2021, cit.

¹² Art. 44, decreto-legge 77/2021, cit.; spec. all. IV del decreto-legge 77/2021, cit.

Ancora, in materia di *affidamento di contratti* relativi ad investimenti finanziati nell'ambito del PNRR e degli altri programmi europei, è prevista la possibilità di *procedere all'affidamento mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando*¹³, quando per ragioni di estrema urgenza l'applicazione dei termini, anche abbreviati, può compromettere la realizzazione degli obiettivi o il rispetto dei tempi di attuazione del Piano¹⁴; nonché *la possibilità di affidamento per la progettazione ed esecuzione dei lavori anche sulla base del progetto di fattibilità tecnica ed economica*¹⁵, e l'attribuzione di un punteggio premiale per l'utilizzo, nella progettazione, di metodi e strumenti elettronici.

Per *tutte le procedure di affidamento* (non solo quelle legate al PNRR e agli altri programmi europei) i decreti semplificazione¹⁶ prevedono *importanti modifiche alla disciplina vigente, introducendo il sistema dell'affidamento diretto* (istituto, nuovo in materia, di dubbia natura, si direbbe privatistica) per alcuni contratti, e *l'estensione del sistema di affidamento mediante procedure negoziate* senza previa pubblicazione del bando di gara¹⁷. Detto regime semplificatorio, differenziato a seconda si tratti di contratti sopra o sotto soglia¹⁸, è previsto con valenza temporanea (sino al 30 giugno 2023).

Tra le *altre misure temporanee* volte a *semplificare le procedure di affidamento dei contratti pubblici sotto e sopra soglia*, si possono indicare, tra le più rilevanti: termini brevi entro i quali *concludere l'aggiudicazione* o l'individuazione definitiva del contraente (due mesi per gli affidamenti diretti e quattro mesi per la procedura negoziata senza bando); che *la mancata tempestiva stipulazione del contratto e il tardivo avvio dell'esecuzione* dello stesso possano essere *valutati ai fini della responsabilità del RUP* per danno erariale e che, qualora imputabili all'operatore economico, costituiscano causa di esclusione o risoluzione del contratto per inadempimento; la discrezionalità della stazione appaltante nella scelta del criterio di aggiudicazione per gli affidamenti soggetti a procedura negoziata senza bando; che l'esclusione automatica dalla gara dell'offerta anomala, nel caso di aggiudicazione con criterio del prezzo più basso operi in caso di un numero di offerte ammesse superiore a cinque, non più superiore a

¹³ Art. 63, d.lgs. 50/2016 e s.m.i., cit.

¹⁴ Art. 48 decreto-legge 77/2021, cit.

¹⁵ Art. 23, c. 3, d.lgs. 50/2016 e s.m.i., cit.

¹⁶ Artt. 1-2, decreto-legge 76/2020, cit.; art. 51, decreto-legge 77/2021, cit.

¹⁷ Art. 63, d.lgs. 50/2016 e s.m.i., cit.

¹⁸ Art. 35, d.lgs. 50/2016 e s.m.i., cit.

dieci; la derogabilità delle garanzie provvisorie¹⁹ per gli affidamenti sotto soglia e, in ogni caso, qualora ricorrano particolari esigenze che ne giustifichino la richiesta, la riduzione alla metà del relativo ammontare.

Misure restrittive sono *previste per la sospensione dell'esecuzione di "lavori diretti all'esecuzione di opere pubbliche"* di importo pari o superiore alla soglia comunitaria²⁰, da parte del RUP, ammessa solo per specifiche ragioni, e in determinati casi con la possibilità di disporre la prosecuzione dei lavori mediante diverse modalità e sulla base di determinazioni del Collegio consultivo tecnico²¹.

Assai importante appare *la previsione del Collegio consultivo tecnico*, da istituire obbligatoriamente presso ogni stazione appaltante per l'aggiudicazione di appalti di lavori di importo pari o superiore alla soglia comunitaria²²; con *funzioni diverse*, tra le quali quelle menzionate in ordine alla sospensione e alla proroga dei lavori, e segnatamente *funzioni di risoluzione extragiudiziale* di controversie che possono insorgere nel corso dell'esecuzione e compiti generali di assistenza alla stazione appaltante e al RUP.

Tra le ulteriori disposizioni temporanee previste dall'art. 8, d.l. 76/2020, si ricordano le più rilevanti: la previsione che limita l'obbligo per i partecipanti alla gara di procedere alla previa visita dei luoghi ai soli casi in cui sia strettamente indispensabile; l'applicazione generalizzata delle riduzioni dei termini procedurali per ragioni di urgenza; la possibilità di avviare le procedure di affidamento anche in carenza di una specifica previsione nei documenti di programmazione, provvedendo tempestivamente all'aggiornamento di tali documenti; la possibilità di applicare anche nei settori ordinari la c.d. "*inversione procedimentale*"; la riduzione dei casi in cui è necessario il parere obbligatorio del Consiglio superiore dei lavori pubblici. Tra le altre modifiche, rilevante appare altresì quella di cui all'art. 53, c. 5, lett. *d*), il quale interviene sull'art. 81 del *Codice*, semplificando gli adempimenti amministrativi a carico delle stazioni appaltanti e velocizzando le operazioni di verifica e di controllo dei requisiti.

Sono introdotte altresì *nuove regole di natura processuale (Codice del processo amministrativo) e in materia di responsabilità*.

L'art. 4 del d.l. 76/2020 modifica l'art. 32, c. 8 del *Codice*, prevedendo che la mancata stipulazione del contratto nel termine previsto de-

¹⁹ Art. 93, d.lgs. 50/2016 e s.m.i., cit.

²⁰ Art. 5, decreto-legge 76/2020, cit.

²¹ *Ibidem*.

²² Art. 6, decreto-legge 76/2020, cit.

termina *la responsabilità erariale e disciplinare del dirigente* preposto, salva motivazione da valutare sempre con riferimento a specifici interessi pubblici (rilevando primariamente quella alla sollecita esecuzione), non costituendo causa di giustificazione la pendenza di un ricorso giurisdizionale.

In ordine al *processo*, sono previste norme acceleratorie circa la definizione del giudizio in esito alla fase cautelare e al deposito della sentenza. E viene estesa l'applicazione dell'art. 125 del *Codice del processo amministrativo*, che già prevede, come è noto, *che in sede di pronuncia cautelare il giudice debba tener conto, tra l'altro, all' "interesse alla sollecita realizzazione dell'opera"*, e che l'annullamento dell'aggiudicazione possa non comportare la caducazione del contratto.

L'art. 41 del d.l. 77/2021 è intervenuto, altresì, *in materia di subappalto*, risolvendo alcune delle problematiche che da anni erano al centro del dibattito e all'attenzione dell'Unione Europea. Tale intervento era molto atteso non soltanto per risolvere una questione formale – quella del necessario adeguamento alla normativa europea – ma anche data la *centralità che il subappalto* – istituito dal fine marcatamente pro concorrenziale – *può rappresentare per la ripresa dell'economia nazionale*: rappresenta, infatti, una delle modalità per favorire *una maggiore partecipazione delle piccole e medie imprese* agli appalti pubblici. Com'è noto, il ricorso a tale strumento era fortemente limitato dal *Codice*²³, da norme che non trovavano riscontro nella Direttiva 2014/24/UE. La Commissione europea, con procedura di infrazione 2018/2273, aveva censurato, tra l'altro, la normativa nazionale del subappalto per *gold plating*, in quanto ritenuta in contrasto con l'art. 71, Direttiva 2014/24 UE, laddove limitava al 30% la porzione di appalto che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi (principio altresì confermato dalla Corte di Giustizia UE con la sentenza Vitali, C-63/18, 19 settembre 2019), e aveva censurato sia l'obbligo per gli operatori economici di indicare la terna dei subappaltatori, sia il divieto per i subappaltatori di fare a loro volta ricorso a un subappaltatore.

Il decreto, con riferimento al limite massimo per ricorrere al subappalto, ha previsto un *adeguamento graduale alla normativa UE*: in una prima e breve fase – sino al 31 ottobre 2021 – il subappalto non può superare la quota massima del 50% dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi e forniture; successivamente, viene meno la quota limite, con la sola previsione, all'art. 105 del *Codice*, del divieto, a pena di nul-

²³ Art. 105, d.lgs. 50/2016 e s.m.i., cit.

lità, dell'integrale cessione del contratto di appalto e dell'affidamento a terzi dell'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni, nonché della prevalente (nozioni, queste, l'integralità, la prevalenza, che possono dare luogo a dubbi interpretativi) esecuzione delle lavorazioni relative al complesso delle categorie preminenti e dei contratti ad alta intensità di manodopera (c. 1). Il subappaltatore deve garantire gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nei contratti di appalto, inclusa l'applicazione dei medesimi contratti collettivi nazionali del lavoro (c. 14).

Sulle stazioni appaltanti grava l'obbligo, previa adeguata motivazione nella determina a contrarre, di indicare nei documenti di gara le prestazioni e le lavorazioni che – tenendo conto delle caratteristiche dell'appalto e dell'esigenza di rafforzare il controllo delle attività e tutelare le condizioni di lavoro e di sicurezza – non potranno essere subappaltate e che, pertanto, dovranno necessariamente essere eseguite dall'aggiudicatario.

La legge europea n. 238/2021 completa queste innovazioni normative in materia di subappalto, abrogando il c. 6 dell'art. 105 *Codice*, che prevede la necessaria indicazione delle terne dei subappaltatori da parte dell'impresa offerente²⁴.

Sulla *questione già segnalata, della necessaria riduzione del numero delle stazioni appaltanti*, anche al fine di una migliore qualificazione tecnica, la disciplina del *Codice* risultava soddisfacente, laddove prevedeva (agli artt. 37 e 38) la necessaria aggregazione per la aggiudicazione di contratti di importo superiore a determinate soglie, con riferimento ai comuni non capoluogo di provincia, ovvero ricorrendo a una centrale di committenza; salva la qualificazione ottenuta attraverso il procedimento di cui all'art. 38.

Tuttavia, *questa disciplina*, come è noto (e si tratta di una delle più vistose disfunzioni nella materia) *non ha avuto applicazione* perché non è stato adottato il decreto del Governo (previa intesa in sede di Conferenza unificata) che alla disciplina stessa doveva dare attuazione²⁵ né è stato istituito presso l'ANAC l'elenco delle stazioni appaltanti qualificate sulla base dei requisiti stabiliti con altro decreto del Governo, mai adottato! Le ragioni di tale riprovevole inattuazione della normativa vigente possono essere imputate all'opposizione (politica, che ha impedito l'intesa in sede di conferenza unificata) degli enti locali e delle loro Associazioni. Tant'è che l'applicazione della normativa è stata sospesa dal d.l. 32/2019,

²⁴ Si veda anche: art. 174, d.lgs. 50/2016 e s.m.i., cit.

²⁵ Art. 37, c. 5, d.lgs. 50/2016 e s.m.i., cit.

conv. con l. n. 55/2019²⁶ e dai decreti semplificazione (art. 1, c. 1, lett. a) fino al 30 giugno 2023).

Sul punto, il d.l. 77/2021 è intervenuto limitando la sospensione alle procedure non afferenti al PNRR e agli altri programmi europei²⁷, nelle more della futura “*disciplina diretta ad assicurare la riduzione, il rafforzamento e la qualificazione delle stazioni appaltanti*” (senza pensare, si direbbe, al fatto che la disciplina già c’era ma non veniva applicata!!).

Da ultimo, con atto in data 30 marzo 2022, l’ANAC ha adottato Linee guida recanti criteri per la progressiva attuazione del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza che “*sarà reso operativo all’entrata in vigore della riforma della disciplina dei contratti pubblici*” (con espresso riferimento quindi alla legge delega e successivi decreti legislativi attuativi, invero all’entrata in vigore di questi ultimi). Le Linee guida seguono a un Protocollo d’intesa (17 dicembre 2021) tra la Presidenza del Consiglio dei ministri e la stessa ANAC con il medesimo oggetto. Le Linee guida, la cui definizione operativa è tuttavia rinviata al “*confronto e la condizione dei risultati anche con le Regioni e gli Enti locali*” (si dovrà dunque aprire ancora una volta un confronto politico) stabiliscono una serie di requisiti di qualificazione delle stazioni appaltanti (cui vengono attribuiti diversi “pesi”) in riferimento ai quali viene definita la rispettiva capacità delle stesse, distinguendo i contratti per lavori, servizi e forniture: dai requisiti di carattere organizzativo, a quelli relativi alla qualificazione del personale, all’esperienza acquisita, e così via. Si tratta di criteri che potranno essere seguiti nell’ambito dei decreti attuativi della delega.

4. *Valutazioni di carattere generale sul testo della legge delega approvato dal Senato*

Come si vede da questa rapida (e non esaustiva) rassegna delle principali innovazioni normative della disciplina generale della contrattazione pubblica, adottata con intento migliorativo a fronte di alcuni dei principali difetti (aggravati da alcuni interventi successivi come quello da ultimo ricordato) sia sul versante della procedura che sul versante organiz-

²⁶ Legge 14 giugno 2019, n. 55, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, recante Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l’accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici.*

²⁷ Art. 52, decreto-legge 77/21, cit.

zativo che su quello della realizzazione delle opere, la disciplina oggi vigente sulla quale dovrà operare il legislatore in base alla delega in corso di approvazione in Parlamento, come s'accennava, è notevolmente diversa in punti qualificanti, rispetto a quella originaria del *Codice*; ed è una disciplina di carattere si direbbe alluvionale, con norme di deroga che si sovrappongono ad altre norme di deroga, o di soppressione, ed è una disciplina in gran parte composta di norme la cui vigenza è prevista a termine, o è ancorata ad una vicenda contingente (fortemente connotata anche sul piano politico) quale quella di dare attuazione al PNRR e agli altri programmi finanziati con fondi europei.

Il nuovo legislatore si trova dunque di fronte a un compito molto difficile, dare un assetto organico a questa congerie caotica di interventi normativi contingenti, che possa sostituire il precedente assetto quale stabilito dal Codice, considerato del tutto inadeguato già in origine ma successivamente stravolto.

A fronte del *testo di legge delega* (considerandolo ormai definito, salve sorprese) si pongono una serie di *questioni di carattere generale e preliminare, nonché alcuni rilievi relativi ai singoli principi e criteri direttivi* che andranno a delimitare l'ambito normativo dei decreti legislativi.

In generale, nella sua complessiva impostazione e nei singoli punti, si pone il dubbio se il testo di legge delega contenga principi e criteri direttivi necessari e sufficienti *per consentire una piena innovazione della disciplina vigente*, quale auspicata da tutte le parti e quale preannunciata dagli ultimi interventi normativi di cui s'è detto.

Anzitutto, un dubbio di sistema: se la delega preveda *l'adozione di una nuova disciplina organica* (quantomeno *nella materia degli appalti e delle concessioni*, oggetto delle Direttive europee, lasciando pur fuori gli altri contratti pubblici), anche attraverso più decreti legislativi, che prenda il luogo del vigente *Codice*, che verrebbe abrogato, ovvero che attraverso i decreti legislativi si introducano norme innovative nel contesto del *Codice* stesso.

Invero, il testo su questo punto non risulta chiaro, laddove si limita a prevedere che i decreti legislativi *abrogano "espressamente tutte le disposizioni oggetto di riordino e comunque quelle con essi incompatibili"* ciò che può essere inteso come abrogazione soltanto delle norme vigenti incompatibili con quelle introdotte dai decreti legislativi, attuando i punti della delega (che non coprono tutte le materie).

Altro punto preliminare da prendere in considerazione, è *se le innovazioni legislative sopra citate introdotte segnatamente dai due decreti semplificazione, vengano confermate* come parti della nuova disciplina orga-

nica o meno. Alcune di esse, come *ad esempio quella relativa al ricorso ad affidamento diretto*, che costituisce indubbiamente un punto che può porre contrasti con riferimento all'impostazione complessiva del sistema, è da *ritenere necessitano di uno specifico principio e criterio direttivo della legge delega*, senza il quale difficilmente il legislatore delegato potrà muoversi. E ancora, resta da chiarire se le innovazioni normative sopra ricordate che sono previste a termine, vengano confermate come norme a regime o meno. Anche su questo punto, la legge delega è silente.

Ancora, al di là della adozione di una disciplina giuridica organica nella materia che prenda il luogo della disciplina vigente, quindi vorrei dire al di là del problema giuridico, si pone un *problema organizzativo*. Viene rilevato da tutti gli osservatori la necessità di istituire piattaforme digitali e banche dati unificate a livello nazionale che consentano alle stazioni appaltanti di operare rapidamente e senza la necessità di compiere direttamente una serie di accertamenti circa i requisiti degli operatori economici partecipanti e anche circa l'assetto da dare ai bandi di gara²⁸. Al di là di ciò risulta assolutamente necessario, come la stessa delega prevede, creare personale altamente specializzato nelle stazioni appaltanti, nonché incentivare, come s'è detto e viene affermato dalla stessa delega, l'aggregazione delle stazioni appaltanti.

Ebbene, tutto questo necessita di risorse, da investire in un così importante settore di amministrazione, che incide su un così importante mercato, decisivo per lo sviluppo dell'economia nazionale e per il confronto europeo. In questa prospettiva, appare priva di senso la norma della legge delega che prescrive, secondo una formula ormai in uso, che i decreti legislativi siano adottati "*senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica*". Viceversa, perché la riforma possa dare risultati concreti occorrono proprio "*nuovi e maggiori oneri*". E visto che una parte importante di questo settore di amministrazione sarà dedicato all'attuazione del PNRR (anzi, sarà strumento decisivo perché il PNRR possa avere successo) non si vede perché una parte delle risorse previste dallo stesso Piano non possano essere dedicate ai necessari interventi organizzativi e gestionali in questo settore della contrattazione pubblica (al governo della "*funzione appalti*", come è in uso dire).

E manca altresì la previsione di un apparato organizzativo, possibilmente centralizzato, di governo del settore, che gestisca le banche dati e la strumentazione del processo di digitalizzazione del settore, da ciò che

²⁸ Si veda già art. 44, d.lgs. 50/2016 e s.m.i., cit.

riguarda la qualificazione degli operatori economici sino alla gestione dei sistemi di acquisizione c.d. dinamici interamente digitalizzati²⁹.

5. *Valutazioni su singoli punti del testo di legge delega approvato dal Senato*

Al di là di queste questioni di carattere generale, la legge delega, come si accennava, presenta una serie di questioni specifiche che riguardano singoli principi e criteri direttivi; sulle quali accenno ad alcune prime osservazioni.

Anzitutto, *in ordine al divieto di gold plating*. Si è ricordato che l'Autorità antitrust era stata molto chiara sul punto. La delega si limita ad affermare, e si tratta di cosa ovvia, che i decreti delegati si adegueranno al diritto europeo e ai principi espressi dalla giurisprudenza delle Corti, anche al fine di evitare (altra ovvietà) l'avvio di procedure di infrazione da parte della Commissione europea. Ma *non è espressamente previsto un vincolo specifico e insuperabile per il legislatore nazionale, nel senso del divieto di prevedere norme aggiuntive di carattere procedurale* al di là di quelle previste dalle Direttive; cioè, criteri stringenti, come suggerito dalla stessa Autorità, che consentano al legislatore delegato la previsione di oneri e aggravii procedurali ulteriori rispetto alle Direttive, in casi assolutamente eccezionali e solo a fronte di interessi preminenti. Ciò che rende non facilmente prevedibile l'auspicato forte contenimento della normativa delegata. Tuttavia, nulla vieta che il legislatore delegato proceda in tal senso, ciò che certamente lo delega pur con formule generiche, non impedisce.

Tra le *questioni* notoriamente problematiche, come s'è ricordato, rileva *quella della eccessiva frammentazione delle stazioni appaltanti*, molte delle quali, peraltro, si rivelano spesso dimensionalmente e qualitativamente inadeguate. La dispersione delle competenze, la mancanza del livello di professionalità necessario alla buona gestione del processo degli acquisti, spesso producono carenze progettuali e ritardi.

In merito, la delega (art. 1, c. 2, lett. b)) contiene una serie di principi corretti, come per esempio la necessità di ridefinire e rafforzare la disciplina in materia di qualificazione delle stazioni appaltanti e del personale, la necessità di accorpate e riorganizzare le stesse, la previsione di percorsi di formazione di stazioni uniche appaltanti e centrali di committenza, ecc... Si tratta di principi che potranno essere interpretati dal

²⁹ Si veda già art. 55, d.lgs. 50/2016 e s.m.i., cit.

legislatore delegato introducendo vincoli del tipo di quelli già presenti nel *Codice* di cui s'è detto, e successivamente sospesi. Però trattandosi di un punto assai delicato sul piano politico (tant'è che le citate norme del *Codice* non erano state attuate per la mancata intesa in Conferenza unificata già prevista dall'articolo 37 c. 5), sarebbe opportuno che la delega riportasse alcuni principi vincolanti che potrebbero consistere nell'obbligo per i piccoli enti (dimensioni da definire) di servirsi di stazioni appaltanti aggregate o di centrali di committenza per tutti i contratti di loro pertinenza; ovvero in alternativa (questa sembra una soluzione più agibile) per i soli contratti superiori a determinate soglie.

La verità a tutti nota è che *i piccoli Comuni (sostenuti dall'ANCI) non vogliono aggregarsi e bloccano l'intesa*. Sul punto, occorrerebbe quindi un punto di delega fortemente vincolante, mentre il testo prevede un auspicio e degli incentivi ma non un vincolo (ma le citate Linee guida dell'ANAC, seguite al Protocollo d'intesa con il Governo stabiliscono principi vincolanti).

L'esperienza del passato, invero, induce ad essere pessimisti. Il legislatore delegato avrà la capacità (e il necessario sostegno delle forze politiche) per superare questo problema, in assenza di norme vincolanti della delega? Di estendere a tutta la contrattazione pubblica quanto ad oggi limitato ai contratti attuativi dei piani europei?

Per quanto riguarda *il principio di favorire la suddivisione degli appalti in lotti*, anche per consentire la partecipazione alle gare di medie e piccole imprese, il principio della delega (art. 1, c. 2, lett. c)) sembra corretto, laddove prevede la necessità, da una parte, di procedere alla suddivisione degli appalti in lotti sulla base di criteri qualitativi o quantitativi, nonché di introdurre il divieto di accorpamento artificioso dei lotti, onde evitare fenomeni distorsivi degli appalti in macro-lotti e, in generale, la propensione a impostare le gare in maniera da restringere la platea di concorrenti (e ciò, in linea con quanto già disposto dal giudice amministrativo³⁰). L'orientamento giurisprudenziale, tuttavia, non è chiaro sul punto, e in alcuni casi tende a privilegiare la discrezionalità delle stazioni appaltanti, nell'esigenza di adattare l'applicazione del principio alla peculiarità dei casi di specie³¹.

Con riferimento alle *procedure di affidamento, la disciplina di forte semplificazione* prevista dai decreti semplificazione, di cui s'è detto, per i contratti sotto-soglia e per i contratti sopra-soglia, circa la possibilità di

³⁰ Già Cons. Stato, Sez. V, 6 marzo 2017, n. 1038.

³¹ Da ultimo, Cons. Stato, Sez. III, 7 maggio 2020, n. 2881.

ricorrere ad *affidamenti diretti o a procedure senza previa pubblicazione del bando di gara*, nonché la previsione di termini ristretti per la definizione delle procedure, *appare necessario venga confermata a regime nella nuova disciplina*, ma non se ne trova traccia nella delega, nella quale anzi vengono ribaditi i noti principi circa le gare, senza eccezioni, che sembrano contrastare con il sistema degli affidamenti diretti, anche per i contratti di minore importo³².

In ordine alla *revisione prezzi*, recenti interventi normativi (art. 29, d.l. 4/2022, c.d. “*Sostegni Ter*”³³) hanno introdotto modifiche significative, seppure temporanee, alla disciplina del *Codice* dei contratti pubblici³⁴ prevedendo un sistema obbligatorio di revisione prezzi, da attivare al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva ed eccezionale e non prevedibili al momento della formazione dell’offerta. L’art. 1, c. 2, lett. *f*) della delega, estende tale previsione a regime. Si ritiene, però, che il meccanismo della revisione prezzi – poiché fa fronte a delle contingenze di mercato – debba essere applicabile a prescindere dal fatto che tali contingenze siano o meno imprevedibili. Sembra opportuno, semmai, indicare una soglia di aumento dei prezzi al di là della quale il meccanismo di revisione scatti, in virtù di contingenze di mercato che devono essere valutate. Questa disciplina nell’attuale situazione di mercato diventa necessaria per far fronte alla corretta realizzazione delle opere, ovviamente prevedendo sufficienti garanzie per evitare gli abusi che si erano verificati nel passato.

La questione della *qualificazione degli operatori economici* rappresenta uno dei punti più problematici dell’attuale disciplina, tanto è vero che una parte importante del contenzioso verte proprio sulla qualificazione degli operatori. La soluzione da adottare è proprio quella che ci viene indicata dall’esperienza degli operatori economici. La qualificazione non può venire caso per caso, contratto per contratto. Deve avvenire *in base a criteri oggettivi di carattere generale*. L’operatore economico deve essere iscritto in un determinato documento informatico da cui emerge la qualificazione dell’impresa sia dal punto di vista della qualità tecnica e professionale, sia dal punto di vista economico, sia dal punto di

³² Art. 1, c. 2, lett. *d*), d.d.l. 2330-A, *Delega al Governo in materia di contratti pubblici*, cit.

³³ Decreto-legge 27 gennaio 2022, n. 4, *Misure urgenti in materia di sostegno alle imprese e agli operatori economici, di lavoro, salute e servizi territoriali, connesse all'emergenza da COVID-19, nonché per il contenimento degli effetti degli aumenti dei prezzi nel settore elettrico* (c.d. “*Sostegni Ter*”).

³⁴ Art. 106, d.lgs. 50/2016 e s.m.i., cit.

vista dell'assenza delle cause di esclusione³⁵. La delega, all'art. 1, c. 2, lett. a), prevede la revisione e semplificazione del sistema in base a criteri del tutto condivisibili, con riferimento (che dovrà essere adeguatamente svolto) all'“*utilizzo di banche dati che riducano le incertezze in sede di qualificazione degli operatori nelle singole procedure*”³⁶.

L'impresa dovrà usufruire di una scheda preventivamente realizzata e via via aggiornata, di modo che quando si presenta ad una procedura contrattuale, la stazione appaltante sappia che quell'impresa ha i titoli per farlo. In ordine alla qualificazione degli operatori, ritengo debba essere soppressa la vigente disciplina in ordine alla c.d. SOA previste dal *Codice* come organismi privati di attestazione³⁷.

Connessa alla disciplina dei sistemi di qualificazione degli operatori, è quella delle *cause di esclusione*³⁸, sulla quale la delega sembra corretta laddove esprime l'esigenza di prevedere “*regole di partecipazione chiare e certe*” al fine della “*razionalizzazione e semplificazione delle cause di esclusione*”, e consente al legislatore delegato una più puntuale strumentazione anche digitalizzata³⁹. La delega prevede che vengano individuate *le fattispecie che configurano l'illecito professionale*, dai contenuti notoriamente perplessi (art. 57, paragrafo 4, Direttiva 2014/24). Il c. 4° dell'art. 80, *Codice*, è stato modificato dall'art. 10 della legge europea 23 dicembre 2021 n. 238, ma la disciplina del c.d. *selfcleaning rimane quella già modificata dal d.l. 76/2020*⁴⁰. Appare tuttavia opportuno sostituire in toto questa disciplina con la norma europea⁴⁰: *l'operatore economico che si trova in una delle cause di esclusione, non è escluso dalla procedura d'appalto, anche quella in corso, se fornisce prove circa misure adottate (risarcimento del danno, provvedimenti di carattere organizzativo, etc.) sufficienti a dimostrare la sua affidabilità*.

La delega non contiene alcun riferimento all'*istituto del subappalto*.

La disciplina attualmente vigente, frutto come si è detto, di recente riforma per renderla conforme al diritto europeo a seguito dell'apertura della procedura di infrazione, ovviamente dovrà essere parte della nuova disciplina organica. Tuttavia, *la mancanza sul punto di un preciso principio*

³⁵ Si veda già art. 81, d.lgs. 50/2016 e s.m.i., cit.

³⁶ Su queste tematiche, anche relativamente alle procedure digitalizzate, si veda G.M. RACCA, *La digitalizzazione necessaria dei contratti pubblici: per un'Amazon pubblica*, in *DPCE online*, 45, n. 4/2021, 4669 ss.

³⁷ Art. 84, d.lgs. 50/2016 e s.m.i., cit.

³⁸ Art. 80, d.lgs. 50/2016 e s.m.i., cit.

³⁹ Art. 1, c. 2, lett. l), d.d.l. 2330-A, *Delega al Governo in materia di contratti pubblici*, cit.

⁴⁰ Art. 8, c. 5, decreto-legge 76/2020, cit.

e criterio direttivo, potrebbe dar luogo a qualche problema di attuazione nell'ambito della legislazione delegata, e d'altro canto, essere ritenuta come sintomo della non esaustività della delega (nel senso che, come si accennava, *possano restar fuori della nuova disciplina*, che si vorrebbe organica, parti della disciplina stessa, già oggetto di normazione propria).

6. *Qualche conclusione*

Le conclusioni di questo (peraltro provvisorio e non completo) contributo, sono, come è evidente, *de iure condendo*. Si tratta di costruire una nuova disciplina che vada a coprire una delle parti più ampie e rilevanti del nostro diritto amministrativo, la quale a sua volta incide su uno dei principali mercati che caratterizzano la nostra economia (e degli altri Paesi europei).

Il materiale da cui partire è per una parte caotico e frammentato (perciò di difficile decifrazione e difficilissima sistemazione): *le innovazioni introdotte* via via al testo del *Codice*, spesso per fatti contingenti. Dall'altra parte è scarno e privo di spunti realmente innovativi: *la legge delega*. Dare ai principi e criteri direttivi della delega una attuazione sistematicamente coerente e tale da recepire le istanze di innovazione che provengono da più parti, ciò che necessita di forzarne in qualche parte il contenuto, e nello stesso tempo inglobare nell'ambito di detta attuazione le innovazioni alla disciplina vigente già introdotte, previa valutazione positiva delle stesse anche in ordine al periodo di vigenza.

L'adempimento di questo compito necessita di un forte sostegno politico e di un forte impegno da parte del Governo, senza il quale la Commissione prevista dall'art. 4 del d.d.l., avrà una capacità operativa limitata.

MARIO P. CHITI

LE INNOVAZIONI SULLA QUALIFICAZIONE DELLE AMMINISTRAZIONI AGGIUDICATRICI

SOMMARIO: 1. Un problema risalente. – 2. Le prime riforme nazionali e le successive direttive comunitarie. – 3. I quattro temi principali della discussione tuttora non compiutamente risolti. – 4. L'avvio della riforma organica del Codice dei contratti pubblici a seguito del PNRR. La delega sulla qualificazione delle stazioni appaltanti. – 5. Per un modello della funzione appalti giuridicamente definito e stabile.

1. *Un problema risalente*

Il tema della razionalizzazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza è al centro delle politiche di riforma della pubblica amministrazione da almeno tre decenni, in varie prospettive: riduzione del numero dei centri di spesa, miglioramento dell'efficacia delle procedure di acquisto, appropriato rapporto tra spesa e risultati, contrasto alla corruzione ed alla criminalità organizzata¹. Di recente, ha assunto particolare rilevanza il tema dell'innovazione tecnologica e della trasformazione digitale².

Della risalente attenzione al tema delle stazioni appaltanti sono testimonianze gli studi e le proposte degli anni Novanta del secolo scorso,

¹ Si veda: G.M. RACCA, in questo Volume. Si rinvia a: M.P. CHITI, *Principi*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, I, Giuffrè, Milano, 2019, 285; ID., *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale diritto amministrativo*, 2016, 436; ID., *Le modifiche al Codice dei contratti pubblici; un "correttivo scorretto"?*, in *Giornale diritto amministrativo*, 2017, 453; ID., *Il decreto "sblocca cantieri": ambizioni e limiti*, in *Giornale diritto amministrativo*, 2019, 719. Cfr. A. BOTTO, S. CASTROVINCI ZENNA, *Centrali di committenza*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, II, *Soggetti, qualificazione, regole comuni alle procedure di gara*, Giuffrè, Milano, 2019, II, 359 ss.; L. DONATO (a cura di), *La riforma delle stazioni appaltanti. Ricerca della qualità e disciplina europea*, in *Quaderni di ricerca giuridica del Consulenza legale della Banca d'Italia*, n. 80, 2016; B. G. MATTARELLA, *La centralizzazione delle committenze*, in *Giornale diritto amministrativo*, n. 5/2016, 613-620.

² Si veda: J.-B. AUBY, in questo Volume.

in particolare le iniziative avviate dai Ministri Cassese e Bassanini. Ne sortirono limitate proposte riformatrici ed alcune riforme, ma ricerche tuttora valide sullo straordinario numero delle stazioni appaltanti e sulla loro varietà. Oltre ai quasi ottomila comuni ed ai numerosissimi centri di spesa nel settore della sanità, le stazioni appaltanti ammontavano all'epoca – e sostanzialmente anche oggi – ad alcune decine di migliaia; certamente non sono inferiori a quarantamila. La circostanza è fattore di significativo disallineamento con le esigenze di efficienza, efficacia ed economicità³.

Il fenomeno della molteplicità delle stazioni appaltanti non è solo italiano, ma comune a tutti gli ordinamenti al nostro rapportabili. Basti pensare alla Francia, ove solo gli enti locali sono ancora più numerosi che in Italia, o alla Germania con le sue molteplici autonomie amministrative di vario tipo. Dunque, è stata generale la tendenza a ridurre il novero delle stazioni appaltanti per migliorare la qualità e l'effettività della spesa pubblica⁴. Per quanto il nostro ordinamento stia ancora cercando un'appropriata soluzione al problema, nessun altro Stato europeo può dirsi abbia raggiunto un assetto ideale.

Propria dell'Italia è stata la particolare considerazione del fenomeno corruttivo nei contratti pubblici, sin dall'inizio del già ricordato ultimo decennio del secolo scorso, non casualmente legato alle prime politiche riformatrici dell'amministrazione pubblica. Altrettanto sentita in Italia è stata la questione dell'interferenza nella contrattazione pubblica della criminalità organizzata, interessata all'enorme quantità del denaro pubblico utilizzato dalle amministrazioni (secondo le migliori stime, costantemente intorno al 16% del PIL). Ciò ha portato nel nostro ordinamento a soluzioni organizzative e regolatorie del tutto particolari, come il ruolo centrale assegnato all'ANAC; unicità italiana, adesso in (lento) declino. In realtà, anche i due fenomeni ora ricordati (corruzione e incidenza della criminalità organizzata) non sono solo italiani; neanche nel contesto europeo. Ma hanno occasionato discipline esageratamente vincolistiche dei contratti pubblici, come ad esempio il regime del subappalto; spesso in contrasto con il diritto dell'Unione europea.

³ L. CASTELLANI, F. DECAROLIS, G. ROVIGATTI, *Il processo di centralizzazione degli acquisti pubblici*, in *Mercato Concorrenza Regole*, n. 3/2017, 583-624.

⁴ M.P. GUERRA, *Dalla spending review ad un "sistema" del public procurement?*, in F. MANGANARO, F. SAITTA, F. ASTONE (a cura di), *Studi in memoria di A. Romano Tassone*, ESI, Napoli, 2016, 215 ss.

2. *Le prime riforme nazionali e le successive direttive comunitarie*

La necessità di adeguate riforme sul tema in esame è stata avvertita in Italia prima che dalle istituzioni dell'Unione europea. Ne sono dimostrazione le leggi finanziarie per gli anni 1990 e 2000⁵ ed altri provvedimenti specifici.

Nel diritto dell'Unione europea è solo nella direttiva “appalti” del 2004⁶ che il problema è focalizzato con precisione, come risulta dai Considerando 27 e 16⁸ e da varie disposizioni (es. art. 1, par. 9 e 10; art. 11). Con maggiori motivazioni e dettagli, la riforma delle stazioni appaltanti è posta in risalto dalle direttive “appalti e concessioni” del 2014 (nn. 23, 24 e 25; specie la n. 2014/24 in tema di appalti pubblici), tuttora vigenti⁹. Ne risulta il seguente quadro, scaturente dai Considerando 69-72 e dall'art. 37: diversità delle discipline nazionali in materia; pluralismo dei soggetti aggiudicatori; riconoscimento delle diverse esigenze delle ammi-

⁵ Cfr. rispettivamente: art. 26, l. 23 dicembre 1999, n. 488, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2000)*; art. 24, l. 28 dicembre 2001, n. 448, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2002)*.

⁶ Direttiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi.

⁷ Considerando n. 2, Direttiva 2004/18/CE, cit.: *“L'aggiudicazione degli appalti negli Stati membri per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto pubblico è subordinata al rispetto dei principi del trattato ed in particolare ai principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché ai principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza. Tuttavia, per gli appalti pubblici con valore superiore ad una certa soglia è opportuno elaborare disposizioni di coordinamento comunitario delle procedure nazionali di aggiudicazione di tali appalti fondate su tali principi, in modo da garantirne gli effetti ed assicurare l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza. Di conseguenza, tali disposizioni di coordinamento dovrebbero essere interpretate conformemente alle norme e ai principi citati, nonché alle altre disposizioni del trattato”*.

⁸ Considerando n. 16, Direttiva 2004/18/CE, cit.: *“Al fine di tener conto delle diversità esistenti negli Stati membri, occorre lasciare a questi ultimi la facoltà di prevedere la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere ad accordi quadro, a centrali di committenza, ai sistemi dinamici di acquisizione ad aste elettroniche e al dialogo competitivo, quali sono definiti e disciplinati dalla presente direttiva”*.

⁹ Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE; Direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE; Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione. Si veda: M.P. CHITI, *Evoluzioni dell'economia e riassetto delle giurisdizioni*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, n. 3-4/2015, 713-746.

nistrazioni; equilibrio tra centralizzazione della committenza e tutela delle piccole medie imprese (PMI).

Merita notare che le direttive comunitarie ora richiamate, anche nella versione più recente del 2014, lasciano agli Stati membri un notevole margine di discrezionalità nel modo di disciplinare il tema in esame (“*Gli Stati membri possono prevedere ...*”); a differenza della prassi normativa degli ultimi due decenni in cui le direttive assumono il carattere di auto-applicabilità, *self executing*. Si tratta dunque di direttive che rispondono al modello originario di fonte del diritto comunitario “aperta”; ormai quasi sempre pretermesso rispetto ad un modello sostanzialmente simile a quello dei regolamenti, al fine di evitare l’elusione da parte degli Stati membri degli impegni comunitari. Nel nostro caso l’obbiettivo riformatore posto agli Stati membri lascia volutamente aperto il problema di fondo di quale tipo di “funzione appalti” si tratti: funzione tipicamente pubblica o funzione aperta all’apporto dei privati¹⁰? Con tutte le intuibili conseguenze, quali, nel secondo caso, il rispetto delle “quattro libertà comunitarie”, specie in tema di stabilimento e circolazione.

Come ha chiarito la Corte di giustizia nella sentenza per il caso C-3/19¹¹, per le direttive in materia occorre tener conto delle diversità esistenti negli Stati membri e conseguentemente di lasciar loro la facoltà di ricorrere a centrali di committenza¹². L’unico limite che la direttiva 2004/18 (ma sostanzialmente anche la direttiva 2014/24) impone è quello secondo cui tale centrale deve avere la qualità di amministrazione aggiudicatrice. L’ampio limite si estende altresì alla definizione dei modelli organizzativi delle centrali di committenza¹³.

Il punto era stato ben colto dal Consiglio di Stato esaminando un noto caso del 2019 quando aveva rinviato alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale (causa C-3/2019) di particolare pregnanza giuridica:

¹⁰ Sulla “funzione appalti” come funzione pubblica di politica industriale, si veda: G.M. RACCA, S. PONZIO, *La scelta del contraente come funzione pubblica: in modelli organizzativi per l’aggregazione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, n. 1/2019, 33-82.

¹¹ Corte di giustizia UE, sent. del 4 giugno 2020, causa C- 3/19, *Asmel Soc. cons. a r.l. c. Autorità Nazionale Anticorruzione ed Associazione Nazionale Aziende Concessionarie Servizi Entrate*.

¹² E. MORLINO, *Centralizzazione degli acquisti pubblici e amministrazioni locali: la prospettiva europea nel caso Asmel*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 2/2021, 321.

¹³ Corte di giustizia UE, sent. del 4 giugno 2020, causa C- 3/19, cit., spec. par. n. 56: “*Dall’articolo 11 della direttiva 2004/18, in combinato disposto con l’articolo 1, paragrafi 9 e 10, della direttiva 2004/18 e con il considerando 16 di quest’ultima, risulta che l’unico limite che tale direttiva impone rispetto alla scelta di una centrale di committenza è quello secondo cui tale centrale deve avere la qualità di «amministrazione aggiudicatrice»*”.

“*se osta al diritto [dell’Unione], e, in particolare, ai principi di libera circolazione dei servizi e di massima apertura della concorrenza nell’ambito degli appalti pubblici di servizi, una norma nazionale come l’art. 33, comma 3-bis [del decreto legislativo n. 163/2006] che, letto in combinato disposto con l’art. 3, comma 25 [del decreto legislativo n. 163/2006], in relazione al modello organizzativo dei consorzi di comuni, esclude la possibilità di costituire figure di diritto privato quali, ad es., il consorzio di diritto comune con la partecipazione anche di soggetti privati*”¹⁴. Ne poteva derivare un’interpretazione delle centrali di committenza quali soggetti aperti ai privati e, più in generale, una configurazione della funzione appalti come servizio da aprire al mercato.

La Corte di giustizia ha risposto con la sentenza del 4.6.2020 (C-3/2019) che, da un lato, dichiara che il diritto dell’Unione europea non osta alle scelte “pubblicistiche” del legislatore italiano; dall’altro, conferma indirettamente la pluralità delle opzioni che la direttiva 2004/18 (di riferimento per il caso in esame) lascia al legislatore nazionale. L’Avvocato generale Sanchez-Bordona nelle conclusioni in detto caso aveva rilevato che “il riflesso normativo di tale impostazione è incarnato nell’art. 11, paragrafo 1, della direttiva 2004/18, per il quale gli Stati membri possono *scegliere* (enfasi dell’Avvocato generale) di prevedere la possibilità per le loro amministrazioni aggiudicatrici (in questo caso gli enti locali) di far ricorso ad una centrale di committenza” (punto 58)¹⁵.

Per il tema della disciplina delle stazioni appaltanti neanche si pone, dunque, la proposta – di carattere provocatorio, più che concreto – di abrogare il Codice dei contratti pubblici per assumere come diretta disciplina le direttive UE. In esse non esiste, come detto, un preciso modello organizzativo e funzionale che possa considerarsi direttamente applicabile alle stazioni appaltanti.

Come accennato, sia per le ragioni “autoctone” che per la limitata incidenza del diritto dell’Unione europea, in Italia il tema della riqualificazione delle stazioni appaltanti è stato avvertito qualche tempo prima che nell’ordinamento dell’Unione europea; dimostrato dalle innovazioni che hanno preceduto le citate direttive del 2004. Altre peculiarità del no-

¹⁴ Questione sollevata da: Cons. Stato, Sez. V (ord.), 3 gennaio 2019, su cui si veda ampiamente: G.M. RACCA, *La Corte di Giustizia e le scelte nazionali per una efficiente e trasparente aggregazione dei contratti pubblici: una sfida per l’evoluzione digitale della “funzione appalti” nazionale, regionale e locale*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, n. 2/2021, 185-215.

¹⁵ *Conclusioni dell’Avvocato Generale M. Campos Sánchez-Bordona presentate il 2 aprile 2020, Causa C-3/19, Asmel Soc. cons. a r.l. c. Autorità Nazionale Anticorruzione ed Associazione Nazionale Aziende Concessionarie Servizi Entrate.*

stro ordinamento sono state le previsioni del primo Codice appalti e vari interventi particolari che sono seguiti sino al Codice dei contratti pubblici del 2016¹⁶ che ha attuato le citate direttive del 2014 (nn. 23-25).

Pure negli ultimi sei anni la materia è risultata continuamente instabile; dimostrazione che nessuna delle soluzioni assunte – nell’ambito “aperto” del diritto comunitario sul tema – è stata considerata adeguata alla soluzione del problema. Possiamo dire che il cantiere riformatore delle stazioni appaltanti avviato negli anni Novanta del secolo scorso è tuttora non concluso, con grave scorno per le esigenze che ne erano a base¹⁷. Non per caso, avviandosi adesso un nuovo processo per la generale riforma della disciplina dei contratti pubblici per rispondere alle esigenze poste dal PNRR, la qualificazione delle stazioni appaltanti ritorna (dovremmo dire, rimane) al centro del disegno rinnovatore¹⁸.

Prima di esaminare che cosa al riguardo prevede il d.d.l. delega approvato nel marzo scorso dal Senato ed ora all’esame della Camera¹⁹, merita delineare il portato essenziale di tre decenni di tentativi riformatori e di discussioni.

3. *I quattro temi principali della discussione tuttora non compiutamente risolti*

I temi dialettici erano principalmente quattro: centralizzazione/autonomia; rigidità/flessibilità; oligopolio/valorizzazione delle piccole e medie imprese (PMI); funzione appalti con carattere pubblicistico o aperta ai privati. Si tratta ovviamente di temi fra loro strettamente incrociati.

La scelta iniziale del 1999-2000 fu nettamente di rottura, a favore di un modello accentrato in una centrale di acquisto nazionale, presto denominato “modello Consip”. Ne risultava un grande acquirente, con i vantaggi propri della posizione; ma alquanto farraginoso nel funzionamento, con tempi in molti casi non adeguati alle amministrazioni servite e per le caratteristiche del mercato (specie quello tecnologico, in continua evoluzione).

¹⁶ D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, *Codice dei contratti pubblici*.

¹⁷ M. IMMORDINO, A. ZITO, *Aggregazione e centralizzazione della domanda pubblica di beni: stato dell’arte e prospettive di migliorie al sistema vigente*, in *Nuove Autonomie*, 2018, II, 223 ss. M. MACCHIA, *La qualificazione delle stazioni appaltanti*, in *Giornale diritto amministrativo*, n. 1/2017, 50 ss. Si veda: G.M. RACCA, in questo Volume.

¹⁸ Si veda: F. FRATTINI, *Introduzione*, in questo Volume.

¹⁹ D.d.l. 2330-A, *Delega al Governo in materia di contratti pubblici*, approvato dal Senato il 9 marzo 2022.

Questo modello non è mai stato particolarmente apprezzato sia nella prospettiva delle imprese che delle pubbliche amministrazioni. Implicando gare di grandi dimensioni, i *competitors* non potevano che essere imprese di altrettanto grandi dimensioni o raggruppamenti di imprese con condizioni alquanto penalizzanti per le PMI aderenti. Ove fosse stato applicato integralmente, tale modello avrebbe portato ad un ristretto oligopolio; in contraddizione con la necessità – ribadita anche dal legislatore europeo²⁰ – di assicurare un mercato per le PMI, caratteristiche essenziali del tessuto produttivo italiano ed europeo. Per le amministrazioni pubbliche, a loro volta, conseguiva la pressoché totale eliminazione della loro autonomia di spesa, per carenza di discrezionalità dei moduli organizzativi di acquisto; ben oltre i limiti del criterio di “adeguatezza” dell’azione amministrativa ricavabile dall’art. 118 Cost.; configurabile anche come sussidiarietà “verticale”, accezione particolare del generale omonimo principio pure richiamato all’art. 118 Cost.²¹. La Corte costituzionale nella sentenza n. 36/2004 ha evitato una risposta diretta sul problema, limitandosi a rilevare che le normative del 1999-2000 contestate da alcune regioni non superavano i limiti di un principio di coordinamento adottato entro l’ambito della discrezionalità del legislatore statale²².

Oltre a confliggere con l’esigenza di (relativa) autonomia e di flessibilità dell’azione amministrativa, il modello fortemente centralizzato portava a due ulteriori effetti negativi: in primo luogo, la difficoltà di utilizzare talune importanti innovazioni scaturenti sia dallo stesso diritto nazionale che dalle direttive UE, quali il Partenariato Pubblico Privato (PPP) e la particolare forma di PPP denominata “Partenariato per l’in-

²⁰ Direttiva 24/2014/UE, Considerando n. 59: “*Nei mercati degli appalti pubblici dell’Unione si registra una forte tendenza all’aggregazione della domanda da parte dei committenti pubblici, al fine di ottenere economie di scala, ad esempio prezzi e costi delle transazioni più bassi nonché un miglioramento e una maggior professionalità nella gestione degli appalti. Questo obiettivo può essere raggiunto concentrando gli acquisti in termini di numero di amministrazioni aggiudicatrici coinvolte, oppure in termini di fatturato e di valore nel tempo. Tuttavia, l’aggregazione e la centralizzazione delle committenze dovrebbero essere attentamente monitorate al fine di evitare un’eccessiva concentrazione del potere d’acquisto e collusioni, nonché di preservare la trasparenza e la concorrenza e la possibilità di accesso al mercato per le PMI*”.

²¹ Si veda: G.M. RACCA, in questo Volume.

²² Corte Cost., sent. 26 gennaio 2004 n. 36 (Pres. R. Chieppa; Est. V. Onida), in cui si esprime il principio per cui lo strumento delle convenzioni per gli acquisti, pur realizzando un’ingerenza rispetto all’autonomia degli enti quanto alla gestione della spesa, “*non supera i limiti di un principio di coordinamento adottato entro l’ambito della discrezionalità del legislatore statale*”.

novazione”; nonché il dialogo competitivo. In secondo luogo, la messa da parte del tema della qualificazione del personale amministrativo delle stazioni appaltanti, considerato che la politica degli acquisti veniva centralizzata in pochi organismi. Così dimenticando, in primo luogo, che la richiesta di contratti pubblici deriva inevitabilmente “dal basso”, ovvero dalle indicazioni provenienti dalle molte pubbliche amministrazioni (*i.e.* il loro personale), a meno di non pensare ad una pianificazione centralizzata di vecchio stampo. In terzo luogo, lasciando in ombra la circostanza che una buona politica dei contratti pubblici non si esaurisce con acquisti ben condotti, ma si estende alla fase essenziale dell’esecuzione degli stessi, appalti o concessioni che siano. Fase che rimane inevitabilmente nelle mani del personale delle tante amministrazioni coinvolte²³.

È seguito il Codice del 2006 con un modello organizzativo articolato, relativamente pluralista basato sulle centrali di committenza previsto all’art. 33, c. 3-*bis*, introdotto dal d.l. n. 201/2011, convertito nella legge n. 214/2011. Disposizione soggetta a sospensioni e modifiche; esempi tipici di “malalegislazione”²⁴.

La vigente disciplina è data dal Codice dei contratti pubblici del 2016 (d.lgs. n. 50/2016; art. 37²⁵), che sul tema esprime un’autonoma scelta nazionale più che l’attuazione delle direttive del 2014, proprio perché, come sopra detto, un modello europeo non è stato volutamente previsto dal legislatore europeo²⁶.

²³ Su cui si veda: R. CAVALLO PERIN, G.M. RACCA, *La concorrenza nell’esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, n. 2/2010, 325-354.

²⁴ Art. 33, c. 3-*bis*, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, cit., c. aggiunto dall’art. 23, c. 4, decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito con l. 22 dicembre 2011, n. 214, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, recante disposizioni urgenti per la crescita, l’equità e il consolidamento dei conti pubblici*, sostituito dall’art. 9, c. 4 da decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito con l. 23 giugno 2014, n. 89, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66, recante misure urgenti per la competitività e la giustizia sociale. Deleghe al Governo per il completamento della revisione della struttura del bilancio dello Stato, per il riordino della disciplina per la gestione del bilancio e il potenziamento della funzione del bilancio di cassa, nonché per l’adozione di un testo unico in materia di contabilità di Stato e di tesoreria*, modificato dall’art. 23-*bis*, decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito con l. 11 agosto 2014, n. 114, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90 Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l’efficienza degli uffici giudiziari*, poi abrogato dall’art. 217, d.lgs. n. 50 del 2016, cit.

²⁵ Art. 37, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, cit.

²⁶ Secondo quella che appare come una tendenza a “nazionalizzare” questioni di diritto europeo nei rispettivi ordinamenti degli Stati membri, su cui si veda: M.P. CHITI, *Il declino del primato del diritto dell’Unione Europea nella recente giurisprudenza tedesca e francese*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, n. 3-4/2021, 429-441.

L'art. 37 del Codice del 2016 non ha avuto un'effettiva attuazione; alcune disposizioni chiave sono state addirittura sospese. A tale scomposto risultato hanno concorso due fattori principali: la resistenza di molte amministrazioni ad accettare il principio di centralizzazione della committenza previsto dal Codice; le politiche di "accelerazione e semplificazione" delle procedure tentate dai Governi del periodo 2019-2021 (cfr. in particolare il d.l. n. 76/2020, "semplificazione e innovazione digitale", e il d.l. n. 32/2019 "sblocca cantieri")²⁷.

Il primo fattore è ben visibile nell'esperienza delle politiche contrattuali dei comuni di dimensioni medie e piccole, che solo in via residuale hanno accettato l'intervento delle centrali d'acquisto e, in numero rilevante, preferendo altre forme di aggregazione tramite diversi canali, di carattere originale. Non si è trattato solo di rivendicazioni della loro (forse malintesa) autonomia amministrativa, ma soprattutto l'esito della constatazione delle inefficienze di forme aggregative che si sono interposte in modo inappropriato tra le loro esigenze ed il mercato.

Il secondo fattore è stato la più contestabile politica di riformare la disciplina delle centrali di committenza appena modificata, con continui interventi sul Codice del 2016, in violazione dell'impegno di non ripetere la sciagurata politica di continui micro e macro innovazioni seguita in precedenza rispetto al Codice del 2006 (il c.d. Codice De Lise, d.lgs. n. 163/2006; oggetto di non meno di duecento modifiche). Pur se motivata dall'onesta finalità di perfezionare il modello previsto dal Co-

²⁷ L'applicazione dell'art. 37, c. 4, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, cit.: "Se la stazione appaltante è un comune non capoluogo di provincia, fermo restando quanto previsto al comma 1 e al primo periodo del comma 2, procede secondo una delle seguenti modalità: a) ricorrendo a una centrale di committenza o a soggetti aggregatori qualificati; b) mediante unioni di comuni costituite e qualificate come centrali di committenza, ovvero associandosi o consorziandosi in centrali di committenza nelle forme previste dall'ordinamento; c) ricorrendo alla stazione unica appaltante costituita presso le province, le città metropolitane ovvero gli enti di area vasta ai sensi della legge 7 aprile 2014, n. 56" è sospesa fino al 30 giugno 2023 dall'art. 1, c. 1, lett. a), decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito con l. 14 giugno 2019, n. 55, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, recante: «Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici*, come modificato dall'art. 8, c. 7, decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito con l. 11 settembre 2020, n. 120, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, recante «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitali» (Decreto Semplificazioni)* e dall'art. 52, c. 1, lett. a), sub. 1.2, decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito con l. 29 luglio 2021, n. 108, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, recante governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure*. Si veda: G.M. RACCA, in questo Volume.

dice del 2016 per renderlo più incisivo, la politica delle continue innovazioni ha finito per bloccare ogni tentativo di mettere in attuazione tanto il modello riformato quante le ulteriori novità, mai apparse stabilizzate (emblematico il caso delle norme sospese, riattivate e poi ancora sospese; in tutto od in parte).

Nella grande confusione normativa che si è determinata, è comunque rimasto chiaro che il legislatore italiano ha preferito un modello spiccatamente pubblicistico per la funzione appalti; considerato dalla Corte di giustizia compatibile con il diritto comunitario (il riferimento è ancora una volta alla sentenza del 4 giugno 2020, nel caso C-3/2019)²⁸.

4. *L'avvio della riforma organica del Codice dei contratti pubblici a seguito del PNRR. La delega sulla qualificazione delle stazioni appaltanti*

Il fenomeno pandemico da Covid 19 verificatosi a partire dell'inizio del 2020 ha poi scombinato inevitabilmente il già precario quadro delle centrali di committenza in molti settori cruciali quali le forniture ed i servizi. Con novità destinate a non essere rapidamente abrogate, stante la perduranza del fenomeno ancora dopo un pieno biennio.

La pandemia ha inoltre prodotto effetti economici e sociali così gravi da indurre le istituzioni dell'Unione ad approvare in tempi inusualmente rapidi politiche di intervento massiccio per risollevare l'economia degli Stati membri. La più importante manifestazione è il programma *Next Generation EU*, approvato dal Consiglio europeo nel 2020 e trasfuso nel regolamento UE 2021/241²⁹. In Italia, uno dei Paesi più beneficiari di questi interventi straordinari dell'Unione europea, le nuove politiche si sono tradotte nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza definiti nell'aprile 2021 e sviluppati nel d.l. n. 77/2021, convertito in legge n. 108/2021.

Tra le varie misure previste dal PNRR è apparsa centrale la riforma organica del Codice dei contratti pubblici del 2016, malgrado che la sua esperienza poco soddisfacente non sia dipesa dalla qualità delle sue norme, ma principalmente dalle difficoltà di esecuzione da parte delle

²⁸ Corte di giustizia UE, sent. del 4 giugno 2020, causa C- 3/19, cit. Su cui si veda: G.M. RACCA, *La Corte di Giustizia e le scelte nazionali per una efficiente e trasparente aggregazione dei contratti pubblici: una sfida per l'evoluzione digitale della "funzione appalti" nazionale, regionale e locale*, cit., 185-215.

²⁹ Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza.

amministrazioni competenti. Il tema qua in esame delle centrali di committenza ne è una conferma esemplare.

Il Governo ha dunque presentato un d.d.l. di delega per la riforma del Codice del 2016, il cui testo è stato approvato – come già anticipato – dal Senato nel marzo 2022 ed è ora all’esame della Camera. Uno dei punti più importanti è proprio quello della *“ridefinizione e rafforzamento della disciplina in materia di qualificazione delle stazioni appaltanti”*, previsto all’articolo 1, c. 1, lett. b)³⁰. Alcuni impegni analoghi erano già stati anticipati dal d.l. n. 77/2021, convertito nella legge n. 108/2021, art. 52, relativo a semplificazioni e accelerazioni delle procedure per i contratti finanziati dal PNRR e dal Piano Nazionale Investimenti.

La lettura dei principi e criteri direttivi a cui dovrà attenersi il legislatore delegato lascia però alquanto perplessi, sia per la genericità degli stessi sia soprattutto per l’apparente inversione rispetto al modello pubblicistico e vincolante della *“funzione appalti”* sin qua seguita. Positivo invece il giudizio sulla seconda parte della citata lett. b), ove si prevede la *“definizione delle modalità dell’accorpamento e della riorganizzazione delle stazioni appaltanti, anche mediante la previsione di specifici percorsi di formazione”*, specie per le centrali di committenza che operano a servizio degli enti locali.

La prima frase della disposizione ora citata riproduce quasi alla lettera la delega del 2016: *“conseguire una riduzione numerica delle stazioni appaltanti nonché l’accorpamento e la riorganizzazione delle stesse”*. La seconda parte della medesima frase, introduce però una novità rilevante quando prevede la possibilità *“di introdurre incentivi (enfasi aggiunta) all’utilizzazione delle centrali di committenza e delle stazioni appaltanti ausiliarie per l’espletamento delle gare pubbliche”*. Il riferimento agli *“incentivi”* lascia intendere che, nel nuovo modello che si prefigura, le stazioni appaltanti non saranno obbligate ad accorparsi ed a riorganizzarsi; ma solo sollecitate a farlo con opportuni incentivi.

³⁰ Art. 1, c. 2, lett. b), d.d.l. 2330-A, cit., laddove si prevede che l’attuazione della delega avvenga nel rispetto dei seguenti principi: *“ridefinizione e rafforzamento della disciplina in materia di qualificazione delle stazioni appaltanti, afferenti ai settori ordinari e ai settori speciali, al fine di conseguire la loro riduzione numerica, nonché l’accorpamento e la riorganizzazione delle stesse, anche mediante l’introduzione di incentivi all’utilizzo delle centrali di committenza e delle stazioni appaltanti ausiliarie per l’espletamento delle gare pubbliche; definizione delle modalità di monitoraggio dell’accorpamento e della riorganizzazione delle stazioni appaltanti; potenziamento della qualificazione e della specializzazione del personale operante nelle stazioni appaltanti, anche mediante la previsione di specifici percorsi di formazione, con particolare riferimento alle stazioni uniche appaltanti e alle centrali di committenza che operano a servizio degli enti locali”*.

Se le parole del d.d.l hanno un senso – tanto più in vista di possibili futuri giudizi di costituzionalità per eccesso di delega – sembra delinarsi un modello della “funzione appalti” non più decisamente pubblicistico ed accentrato secondo criteri vincolistici, ma flessibile ed aperto alla presenza di soggetti anche non pubblici (come nelle stazioni appaltanti ausiliarie).

Tale modello – per chi scrive preferibile (cfr. paragrafo seguente) – pur essendo diverso rispetto all’attuale è ben possibile dal punto di vista del diritto dell’Unione europea, stante che la disciplina del tema in esame rientra nella discrezionalità del legislatore nazionale. Il diritto comunitario, come detto, lascia agli Stati membri discrezionalità nella scelta del modello organizzativo e funzionale³¹.

Se davvero questo indirizzo assunto dal Senato fosse confermato definitivamente dalla Camera, ci si augura che l’attuazione da parte del legislatore delegato sia svolta coerentemente, rivedendo in modo sistematico l’intera intelaiatura del sistema attuale; peraltro mai entrato pienamente a regime.

5. *Per un modello della funzione appalti giuridicamente definito e stabile*

Perché la scelta di una “funzione appalti” maggiormente flessibile e basata su di un modello misto pubblico-privato è preferibile?

Anzitutto perché configurare la funzione appalti in modo non esclusivamente pubblicistico non comporta di per sé l’impossibilità di perseguire una politica pubblica degli approvvigionamenti, né attenta all’imparzialità dell’amministrazione, se la disciplina di tale modello prevede opportune garanzie per la parte pubblica. Affermare diversamente implicherebbe eliminare/ridimensionare tutte le forme di Partenariato Pubblico Privato oggi previste e, più in generale, ogni funzione pubblica che contempra la presenza di privati; compreso il campo, assai rilevante, delle concessioni (che dal 2014 sono sotto l’egida del diritto dell’Unione europea direttiva 2014/23). In sostanza, un ritorno al pieno monopolio pubblico, di cui sappiamo i discutibili risultati.

In secondo luogo, in presenza di un mercato in continua evoluzione, sia dalla parte dell’offerta che della domanda, appare preferibile utilizzare procedure modellate sulle effettive esigenze delle stazioni appaltanti,

³¹ M.P. CHITI, *La legittimazione per risultati dell’Unione Europea quale “comunità di diritto amministrativo”*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, n. 2/2016, 397-419.

“*customer fit*”, anche con nette divisioni per lotti distinti e particolari. Abbandonando definitivamente procedure per gare giganti che di per sé non tengono conto delle particolarità delle diverse domande³².

La presenza dei privati nella *governance* e nella gestione della “funzione appalti” è un sicuro fattore di sensibilità per le nuove tecnologie e per la calibrazione delle procedure (*bespoke procedures*) in relazione alle esigenze effettive delle amministrazioni. Del resto, già le direttive UE del 2014 ed il Codice del 2016 hanno previsto una forma particolare di procedura mista denominata “Partenariato per l’innovazione”, che evidenzia specificamente il binomio privati-innovazione.

In quarto luogo, la tecnica impone oggi la digitalizzazione di qualsiasi tipo di procedura di gara³³; potendosi applicare in via generale e non solo alle gare di maggiori dimensioni. Sul tema esiste già un’ampia letteratura tecnica e giuridica (ad esempio il libro curato da G.M. Racca e C.R. Yukins, *Joint Public Procurement and Innovation. Lessons Across Borders*, Bruylant, 2019)³⁴, le cui risultanze sono confermate dall’esperienza di vari Paesi. Le *best practices* che se ne traggono potrebbero essere applicate con facilità anche in Italia, specialmente alle nuove procedure “nate digitali”. Le resistenze a questa tendenza rappresentano, dal punto di vista giuridico, le violazioni del diritto dell’Unione europea; atteso che “*i mezzi di comunicazione elettronica sono particolarmente idonei a sostenere pratiche e strumenti di centralizzazione delle committenze grazie alla possibilità da essi offerte per il riutilizzo e il trattamento automatico dei dati e per la riduzione dei costi legati all’informazione ed alle transazioni*” (Considerando n. 72 della direttiva 2014/24).

Per concludere, ormai avviatosi nel contesto del PNRR il procedimento per la riforma generale della disciplina dei contratti pubblici, si ribadisce l’auspicio che per il tema della riqualificazione delle stazioni appaltanti e della “funzione appalti” il legislatore delegante scelga il modello con chiarezza e vincolatività. Nelle pagine precedenti si sono messi in evidenza taluni elementi a favore di un modello flessibile ed aperto alla presenza dei privati; tuttavia, non si tratta di una scelta inevitabile per il

³² Si veda: G.M. RACCA, in questo Volume.

³³ Si veda: R. CAVALLO PERIN, in questo Volume. Cfr. M. PIGNATTI, *La digitalizzazione e le tecnologie informatiche per l’efficienza e l’innovazione nei contratti pubblici*, in *federalismi*, n. 12/2022, 133-176.

³⁴ G.M. RACCA, C.R. YUKINS (a cura di), *Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders*, in *Droit Administratif / Administrative Law Collection* (Dir. by J.-B. AUBY), no. 27, Bruylant, Bruxelles, 2019, sulle potenzialità e i rischi dell’innovazione anche mediante gli appalti congiunti transfrontalieri in Unione Europea e negli Stati Uniti.

legislatore, non essendoci a tale proposito – come più volte detto – vincoli derivanti dalle vigenti direttive comunitarie. Ciò che non è più rinviabile è una scelta ben definita, stabile ed effettivamente attuata, condizione essenziale per una sana politica della spesa pubblica, l'efficienza della pubblica amministrazione e la soddisfazione effettiva delle esigenze della società.

MARCELLO CLARICH

LE INNOVAZIONI PER LA QUALIFICAZIONE DEGLI OPERATORI ECONOMICI¹

SOMMARIO: 1. La qualificazione degli operatori economici nella riforma dei contratti pubblici. – 2. Gli strumenti per la digitalizzazione della valutazione dei requisiti degli operatori economici. – 3. Le banche dati per supportare la valutazione delle stazioni appaltanti sull'affidabilità delle imprese.

1. *La qualificazione degli operatori economici nella riforma dei contratti pubblici*

La qualificazione degli operatori economici costituisce uno dei temi più ricorrenti e problematici del diritto dei contratti pubblici che ha dato origine anche a un ampio contenzioso innanzi al giudice amministrativo. L'innovazione tecnologica sarà di grande aiuto per risolvere il problema, ma non riuscirà a superarlo integralmente, come ci si accinge ad argomentare².

Il percorso normativo in tema di digitalizzazione delle procedure è stato avviato da tempo dalle direttive europee in materia di contratti pubblici, in particolare dalla Direttiva n. 24 del 2014, e da una serie di norme, tra le quali il decreto-legge n. 77 del 2021, che ha introdotto anche il fascicolo virtuale dell'operatore economico.

Il disegno di legge di delega per la revisione del Codice dei contratti pubblici approvato dal Senato il 9 marzo 2022 insiste sulla piena attuazione sia della Banca Nazionale dei Contratti Pubblici sia del fascicolo virtuale dell'operatore economico e tenta di fare dei passi avanti nella direzione della digitalizzazione. Ripercorrendo rapidamente il testo del disegno di legge, emerge un aspetto sicuramente positivo. Si sottolinea in-

¹ Alla revisione del testo ha contribuito Valeria Petrella alla quale va un ringraziamento.

² Cfr. per un quadro generale dei principali problemi, L. DONATO (a cura di), *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 Banca d'Italia*, n. 89/2020, spec. 279 ss.

fatti, in particolare alla lett. *i*), l'esigenza della revisione e della semplificazione del sistema di qualificazione, invitando il Governo a intervenire a riguardo³.

Alla lett. *q*) la legge di delega precisa, inoltre, che tale obiettivo può essere raggiunto anche mediante l'utilizzo di banche dati a livello centrale al fine di ridurre le incertezze a livello di qualificazione degli operatori⁴. In tal modo si crea dunque un collegamento normativo tra banche dati riducendo l'incertezza, tema fondamentale.

Tuttavia, la legge di delega contiene peraltro alcune disposizioni che potrebbero creare difficoltà. In particolare, in sede parlamentare è stata inserita una previsione, coincidente con la lett. *l*), che fa riferimento alla razionalizzazione e semplificazione delle cause di esclusione al fine di rendere le regole di partecipazione “*chiare e certe*”, individuando le fattispecie che configurano l'illecito professionale ai sensi della Direttiva⁵. L'obiettivo è dunque di tentare di tipizzare le regole di partecipazione individuando fattispecie che configurano l'illecito professionale⁶.

Alla lett. *d*) è previsto poi il divieto per le stazioni appaltanti di utilizzare il sorteggio o altro metodo di estrazione casuale dei nominativi ai

³ Art. 1, c. 2, lett. *i*), d.d.l. 2330-A, *Delega al Governo in materia di contratti pubblici*, approvato dal Senato il 9 marzo 2022: “*riduzione e certezza dei tempi relativi alle procedure di gara, alla stipula dei contratti e all'esecuzione degli appalti, anche attraverso la digitalizzazione e l'informatizzazione delle procedure, la piena attuazione della Banca dati nazionale dei contratti pubblici e del fascicolo virtuale dell'operatore economico, il superamento dell'Albo nazionale dei componenti delle commissioni giudicatrici, il rafforzamento della specializzazione professionale dei commissari all'interno di ciascuna amministrazione e la riduzione degli oneri documentali ed economici a carico dei soggetti partecipanti, nonché di quelli relativi al pagamento dei corrispettivi e degli acconti dovuti in favore degli operatori economici, in relazione all'adozione dello stato di avanzamento dei lavori e allo stato di svolgimento delle forniture e dei servizi*”.

⁴ Art. 1, c. 2, lett. *q*), d.d.l. 2330-A, cit.: “*revisione e semplificazione del sistema di qualificazione generale degli operatori, valorizzando criteri di verifica formale e sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche e professionali, dell'adeguatezza dell'attrezzatura tecnica e dell'organico, delle attività effettivamente eseguite e del rispetto della legalità, delle disposizioni relative alla prevenzione antimafia, alla tutela del lavoro e alla prevenzione e al contrasto della discriminazione di genere, anche attraverso l'utilizzo di banche dati a livello centrale che riducano le incertezze in sede di qualificazione degli operatori nelle singole procedure di gare e considerando la specificità del settore dei beni culturali*”.

⁵ Art. 1, c. 2, lett. *l*), d.d.l. 2330-A, cit.: “*razionalizzazione e semplificazione delle cause di esclusione, al fine di rendere le regole di partecipazione chiare e certe, individuando le fattispecie che configurano l'illecito professionale di cui all'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014*”.

⁶ Sulle clausole di esclusione cfr., in generale, A. BOTTO, S. CASTROVINCI ZENNA, *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2020, 130 ss.; M.G. PESCE, *L'ammissione alle procedure* (artt. 79-82), in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, II ed., Giappichelli, Torino, 2019, 607 ss.

fini della selezione degli operatori da invitare alle procedure negoziate⁷. A tal riguardo, l'ANAC, in un intervento relativo al metodo della forcella, ha ritenuto il sorteggio un metodo quantomeno obiettivo e trasparente, se svolto in modo corretto⁸.

La legge di delega contiene dunque varie indicazioni sotto forma di criteri. Bisognerà vedere, entro questi limiti, come il decreto legislativo o i decreti legislativi disciplineranno nei dettagli le varie questioni.

2. *Gli strumenti per la digitalizzazione della valutazione dei requisiti degli operatori economici*

I benefici generali della digitalizzazione sotto il profilo della qualificazione degli operatori economici erano già stati indicati, almeno parzialmente, nel Libro verde del 2010 sull'*e-procurement*⁹. Secondo questo documento, la digitalizzazione favorisce l'accesso e la trasparenza, riduce i costi amministrativi, integra il mercato a livello europeo, favorendo la partecipazione degli operatori europei anche in modo transfrontaliero. Permette anche alle piccole e medie imprese (PMI) di accedere al mercato degli appalti in coerenza con l'obiettivo già indicato nel Codice attuale di promuoverne lo sviluppo. Infatti, se nel fascicolo virtuale sono disponibili tutte le informazioni in modo chiaro e ben organizzato, ne deriva anche un incentivo alla partecipazione alle gare. Inoltre, in generale, la digitalizzazione riduce al minimo gli errori formali nel corso delle procedure, riducendo conseguentemente il contenzioso. Pertanto, la digitalizzazione in sé e per sé porta a benefici concreti sicuramente molto positivi.

Si pensi in particolare al fascicolo virtuale dell'operatore economico, già disciplinato dall'art. 81, c. 4, del Codice dei contratti pubblici. Tale fascicolo consente di raccogliere tutte le informazioni rilevanti ai fini della qualificazione, quali i dati per la verifica dei motivi di esclusione, l'attestazione SOA e i criteri di selezione definiti generali per la prima fase

⁷ Art. 1, c. 2, lett. d), d.d.l. 2330-A, cit.: "*semplificazione della disciplina applicabile ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea, nel rispetto dei principi di pubblicità, di trasparenza, di concorrenzialità, di non discriminazione, di proporzionalità, nonché di economicità, di efficacia e di imparzialità dei procedimenti e della specificità dei contratti nel settore dei beni culturali nonché previsione del divieto per le stazioni appaltanti di utilizzare, ai fini della selezione degli operatori da invitare alle procedure negoziate, il sorteggio o altro metodo di estrazione casuale dei nominativi, se non in presenza di situazioni particolari e specificamente motivate*".

⁸ ANAC, Delibera 1° febbraio 2017, n. 53.

⁹ COMMISSIONE UE, *Libro Verde sull'estensione dell'uso degli appalti elettronici nell'UE*, Bruxelles, 18.10.2010 COM(2010) 571 definitivo.

della selezione. A tal riguardo, l'interoperabilità delle banche dati dovrebbe consentire un accesso semplice a tutte le informazioni necessarie¹⁰.

In questa direzione il d.l. n. 77/2021 aveva già modificato il Codice dei contratti pubblici, introducendo, all'art. 29, c. 2, una disposizione che subordina l'efficacia degli atti alla pubblicazione nella Banca dati nazionale dei contratti pubblici¹¹. Tale previsione, costituisce dunque un forte incentivo a inserire nelle banche dati tutte le informazioni necessarie.

Quanto ai vantaggi del fascicolo virtuale, questi sono precisati con chiarezza da alcuni documenti dell'ANAC.

Il primo vantaggio è che le pubbliche amministrazioni non dovranno chiedere più informazioni sulle imprese, avendole già a portata di mano o a portata di *click*, come si direbbe oggi.

Vi è tuttavia un beneficio anche per le imprese, che non dovrebbero presentare più documentazioni di cui la pubblica amministrazione già dispone. Si fa infatti riferimento al principio dell'unicità dell'invio o anche *once-only principle*, definito all'art. 3, c. 1, lett. *ggggg bis*) del codice, quale principio secondo cui ciascun dato deve essere fornito una sola volta a un solo sistema informativo e non può essere richiesto da altri sistemi o banche dati, ma deve reso disponibile dal sistema informativo ricevente¹². Tale sistema rappresenta dunque una semplificazione significativa delle procedure, in quanto evita duplicazioni onerose da parte degli operatori¹³.

Un terzo fattore positivo consiste nel permettere alle stazioni appaltanti di scegliere di utilizzare gli accertamenti già effettuati da un'altra stazione appaltante per ammettere un operatore economico alla gara. In tal modo, si velocizzano i tempi per la verifica dei requisiti generali (le

¹⁰ Si veda: G.M. RACCA, in questo Volume.

¹¹ Art. 29, c. 2, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, cit.: "Gli effetti degli atti oggetto di pubblicazione ai sensi del presente comma decorrono dalla data di pubblicazione dei relativi dati nella Banca dati nazionale dei contratti pubblici".

¹² Art. 3, c. 1, lett. *ggggg-bis*), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, cit.: «principio di unicità dell'invio», il principio secondo il quale ciascun dato è fornito una sola volta a un solo sistema informativo, non può essere richiesto da altri sistemi o banche dati, ma è reso disponibile dal sistema informativo ricevente. Tale principio si applica ai dati relativi a programmazione di lavori, opere, servizi e forniture, nonché a tutte le procedure di affidamento e di realizzazione di contratti pubblici soggette al presente codice, e a quelle da esso escluse, in tutto o in parte, ogni qualvolta siano imposti dal presente codice obblighi di comunicazione a una banca dati". ANAC, *Strategie e azioni per l'effettiva semplificazione e trasparenza nei contratti pubblici attraverso la completa digitalizzazione: le proposte dell'Autorità*, 27 maggio 2020, 12 ss.

¹³ Cfr. I. LOCATELLI, *Process Innovation Under the New Public Procurement Directives*, in G.M. RACCA, C.R. YUKINS (a cura di), *Joint Public procurement and Innovation. Lessons Across Borders*, cit., 58.

c.d. liste bianche o *white list*), determinando un netto risparmio. Si consente così a un'amministrazione di accogliere, per esempio, i requisiti di moralità già verificati da un'altra amministrazione, di cui si fida. Naturalmente un simile sistema può funzionare correttamente solo se ci sono limiti temporali ben definiti. Si tratta infatti di un tema che deve essere attentamente valutato e regolato nel decreto legislativo.

3. *Le banche dati per supportare la valutazione delle stazioni appaltanti sull'affidabilità delle imprese*

Un ulteriore vantaggio, secondo il Presidente dell'ANAC, Giuseppe Busia, è quello di rendere "*quasi automatizzata*" la verifica dei requisiti. Interviene qui un problema su cui occorre soffermarsi. L'uso dell'avverbio "*quasi*" ci permette di capire che anche il sistema di digitalizzazione di cui si parla non può risolvere integralmente il problema della certezza e prevedibilità per gli operatori in ordine alla partecipazione alle procedure di gara.

La digitalizzazione può infatti risolvere i problemi, offrendo certezze alle stazioni appaltanti e agli operatori, soprattutto con riferimento ai requisiti e alle cause di esclusione che sono vincolate. Tuttavia, occorre tenere presente che l'ordinamento europeo lascia ampi spazi di discrezionalità alle amministrazioni nel valutare i motivi di esclusione facoltativi. Allo stesso modo, anche il nostro art. 80 del Codice, che recepisce l'art. 57 della Direttiva n. 24/2014, individua una serie di casi di esclusione mediante la tecnica dei concetti giuridici indeterminati. Per esempio, bisogna valutare caso per caso se l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali che rendono dubbia la sua integrità oppure se l'operatore economico ha evidenziato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un requisito sostanziale nel quadro di un precedente contratto. Tali formule lasciano all'interprete ampi spazi di valutazione.

Sul punto, la giurisprudenza europea è granitica nel chiarire che, con riferimento a questi casi, non è possibile utilizzare metodi automatici di esclusione e che, al contrario, la stazione appaltante deve valutare in concreto ogni singolo caso, motivando con riferimento ai motivi di esclusione facoltativi¹⁴. A tal riguardo, la Corte di giustizia dell'Unione Euro-

¹⁴ Corte di giustizia UE, Sez. IX, 4 giugno 2019, n. 425, C-425/18; Corte di giustizia UE, Sez. IV, 3 ottobre 2019, n. 267, C-267/18; Corte di giustizia UE, Sez. IV, 14 dicembre 2016, n. 171, C-171/15; Corte di giustizia UE, Sez. III, 13 dicembre 2012, n. 465, C-465/11.

pea si richiama inoltre al principio di proporzionalità, enunciato anche dal Considerando n. 101 della Direttiva, il quale implica dunque la discrezionalità dell'amministrazione¹⁵.

Si riscontra una discrezionalità anche con riferimento alle misure di *self-cleaning*, in cui viene data la facoltà all'operatore, in presenza di situazioni che possono essere inquadrare in un motivo di esclusione, di dar prova di aver adottato una serie di misure volte a rimuovere il problema¹⁶. Anche in questo caso infatti l'art. 57, c. 2, della Direttiva è chiaro e preciso nel senso che occorre una sorta di contraddittorio e che l'operatore economico deve ricevere una motivazione sulla decisione. Pertanto, se vi è una motivazione vi sarà anche necessariamente discrezionalità.

La stessa giurisprudenza del Consiglio di Stato si è allineata sul principio dell'atipicità¹⁷. L'adunanza plenaria 8 agosto 2020, n. 16, rileva infatti che anche le linee guida dell'ANAC n. 6 del 2016, che avevano tentato di individuare una serie di fattispecie di grave illecito professionale, non sono esaustive a riguardo e lasciano dunque alcuni spazi di valutazione. Il Consiglio di Stato si richiama poi a una precedente sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, che riserva all'amministrazione appaltante in via esclusiva il compito di fissare il punto di rottura dell'affidamento al pregresso e al futuro contraente¹⁸. In tal modo, si entra dunque in una logica di tipo fiduciario. La Cassazione, nella motivazione della sentenza, utilizza infatti espressioni quali "*deficit di fiducia*", "*rapporto fiduciario tra le due parti*" e parla di "*scelte ad alto tasso di soggettività*", quale quella della legge consentita alla stazione appaltante. Risulta dunque chiara la scelta di rimettere alla stazione appaltante l'individuazione del punto di rottura dell'affidamento al pregresso e al futuro contraente.

In definitiva, quando si valutano elementi come l'illecito professionale, se prestiamo fede anche alla giurisprudenza citata, si entra in una dimensione ad alto tasso di opinabilità e di soggettività. Non si tratta infatti solo di valutazioni tecniche opinabili, ma di concetti giuridici indeterminati che hanno anche un elemento valoriale e, secondo la predetta giurisprudenza, sono rimessi in via esclusiva all'amministrazione.

In questo contesto, per tornare alla legge di delega, sorge qualche dubbio su come possa fare il legislatore delegato per riempire di conte-

¹⁵ Corte di giustizia UE, Sez. IX, 4 giugno 2019, n. 425, C-425/18.

¹⁶ Corte di giustizia UE, Sez. IV, 14 gennaio 2021, n. 387, C-387/19.

¹⁷ Cons. Stato, Ad. Plen., 8 agosto 2020, n. 16.

¹⁸ Cass. civ., SS. UU., 17 febbraio 2012, n. 2312.

nuto quella disposizione che richiede di individuare in modo certo e chiaro le cause di esclusione per i profili di moralità (*lett. l*). Si potrebbe addirittura ritenere che la legge di delega sia contraria al diritto europeo e quindi il legislatore delegato potrebbe anche disinteressarsene o comunque non tenerne conto nei limiti di una sorta di tipizzazione di base che lascia spazio a una valutazione in concreto di questi casi.

La vicenda richiama dunque un tema che è anche una delle principali carenze del nostro diritto nazionale e cioè la diffidenza nei confronti della discrezionalità. Le valutazioni difformi delle stazioni appaltanti hanno poi degli inconvenienti, ma ciò può anche essere ritenuto inevitabile. Infatti, se il privato può scegliere l'appaltatore liberamente, non si vede perché l'amministrazione non possa, nei limiti del ragionevole e del motivato, scegliere non il soggetto con cui contratta, ma quello da ammettere alla procedura di gara.

In conclusione, dobbiamo renderci conto che, per quanto vi sia un'esigenza di certezza, o si riesce a convincere le istituzioni europee a eliminare queste disposizioni (ciò che sembra impossibile, atteso che esso privilegia anche in altri contesti la "buona discrezionalità"), oppure dovremmo farne conto come è stato in questi anni con tentativi di tipizzazione che non sono mai riusciti da parte dell'ANAC e della legge. Tuttavia, se avessimo stazioni appaltanti serie e tecnicamente e giuridicamente più attrezzate, forse anche questo problema avrebbe una rilevanza minore. Detto ciò, il fascicolo virtuale è una grande innovazione e risolverà, nella maggior parte dei casi o, come detto dal presidente dell'ANAC, "quasi" sempre il problema della qualificazione.

MARCO LIPARI

LE INNOVAZIONI PER L'EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA

SOMMARIO: 1. La Giustizia amministrativa e l'innovazione tecnologica. – 2. Il sindacato del giudice amministrativo sui contratti a contenuto innovativo. – 3. Le modalità procedurali innovative delle gare. – 4. I rischi del *formalismo digitale*. – 5. Procedure innovative telematiche e attività materiali della stazione appaltante. – 6. Conclusioni: il giudice amministrativo e la sfida aperta dell'innovazione.

1. *La Giustizia amministrativa e l'innovazione tecnologica*

Il titolo del mio intervento nasce da una serie di conversazioni con la Prof.ssa Gabriella M. Racca e il Prof. Roberto Cavallo Perin. Entrambi mi hanno chiesto, in modo perentorio: il sistema della giustizia amministrativa è pronto per adeguarsi ai processi di innovazione tecnologica ed economica che sono in atto su scala mondiale, trasformando anche il settore dei contratti pubblici?

La domanda ha suscitato una serie di riflessioni successive, in relazione alla valutazione degli orientamenti giurisprudenziali e della normativa più recente.

Il mio intervento intende dare conto dei primi risultati raggiunti.

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

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

Il primo attiene alla stretta connessione tra l'innovazione tecnologica e la normativa nel processo e per il processo.

Le innovazioni strettamente normative sono già state inquadrare dal Prof. Vincenzo Cerulli Irelli¹. Nel processo amministrativo in materia di

¹ Si veda: V. CERULLI IRELLI, in questo Volume.

contratti pubblici le innovazioni sono continue. E anche la CGUE è ripetutamente intervenuta sul tema.

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

Sul piano delle prospettive più immediate *de iure condendo* il disegno di legge delega, nella lettera *hb*) del comma 2 dell'art. 1 non contiene un criterio di delega specifico sulla riforma del processo, ma fa riferimento ai metodi di risoluzione delle controversie alternative al contenzioso, anche in materia di esecuzione del contratto. Si tratta senz'altro di uno sviluppo delle ADR.

La delega è aperta: si può ipotizzare sia un rafforzamento – come riterrei auspicabile – del sistema del collegio consultivo tecnico – oppure una modifica del precontenzioso ANAC, che ha dato esiti positivi ma forse qualche meccanismo andrebbe meglio delineato.

Ma l'innovazione riguarda anche un altro profilo, di assoluto rilievo, concernente le innovazioni riguardanti la *tecnologia nel processo*. Oltre al consolidarsi del processo amministrativo telematico (PAT), si sono sperimentate con successo le udienze a distanza, che continueranno, nei prossimi anni, per smaltire l'arretrato. Si tratta di un aspetto che non ha soltanto ricadute pratiche, ma risulta importante soprattutto sul piano culturale. È evidente che un giudice amministrativo ormai abituato all'uso quotidiano degli strumenti innovativi e alla loro periodica implementazione assume un atteggiamento di massima apertura e incoraggiamento alla promozione dell'innovazione tecnologica in una dimensione più vasta, che comprende anche il settore dei contratti pubblici.

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

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

2. *Il sindacato del giudice amministrativo sui contratti a contenuto innovativo*

Il secondo profilo problematico del rapporto fra innovazione e giurisdizione amministrativa riguarda il modo di esercizio del sindacato del GA sui contratti che hanno ad oggetto soluzioni innovative di tipo tecnologico.

Questo è un capitolo di sicura complessità e che meriterebbe di essere approfondito in tutte le sue sfaccettature, ma ci sono già dei risultati acquisiti, indicativi di una certa tendenza del giudice ad assumere un atteggiamento più “sostanzialista”, capace di rafforzare la tutela del confronto concorrenziale sulla qualità delle offerte, anziché su altri aspetti marginali della procedura di affidamento.

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

Ora questo risultato ermeneutico è largamente acquisito, poiché il giudice sembra avere ormai abbandonato i dogmi della insindacabilità della discrezionalità tecnica, anche se si registrano tuttora, in concreto, orientamenti interpretativi non perfettamente omogenei e sovrapponibili.

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

3. *Le modalità procedurali innovative delle gare*

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

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

Le sentenze affrontano spesso problemi molto specifici e gli esiti riguardano frequentemente profili di fatto. Tuttavia, pur considerando la

peculiarità delle singole decisioni, all'interno di questa nuova giurisprudenza è possibile leggere una precisa linea di tendenza, che manifesta un certo favore per i caratteri innovativi delle procedure telematiche.

In tal senso si pongono alcune decisioni, particolarmente significative.

Anzitutto, il Tar Campania, in una recente pronuncia, ha dichiarato illegittima la clausola del bando che poneva gli oneri della piattaforma telematica a carico dell'aggiudicatario².

È una decisione che potrebbe apparire scontata: come si fa a pensare che l'innovazione tecnologica debba rappresentare un costo aggiuntivo per l'amministrazione, da porre a carico dell'operatore economico vincitore della gara? E, tuttavia, la pronuncia mette in luce la fatica, la resistenza delle stazioni appaltanti ad usare nuovi strumenti, a fronte di un atteggiamento più aperto del GA, che considera la gara telematica come una procedura ordinaria e non come un costo aggiuntivo a carico delle amministrazioni.

Un'altra decisione significativa evidenzia la legittimità e la "normalità" dell'attività effettuata mediante l'uso tecnologico degli strumenti informatici. Nel caso concreto, tra i motivi di censura proposti dall'operatore economico ricorrente nei confronti dei risultati gara, si contestava il fatto che la commissione di gara avesse lavorato a distanza (*smart working*)³. La tesi del ricorrente si incentra, quindi, sulla necessità di tradizionali riunioni in presenza della commissione.

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

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

4. *I rischi del formalismo digitale*

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

Il sistema normativo e tecnico delle gare telematiche è ancora in evoluzione. Accanto alla novità della gara telematica (art. 58) si pongono

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

³ TAR Puglia, Sez. Bari, 2 luglio 2021, n. 1125.

le regole del CAD, le regole tecniche di AGID, le specificazioni delle singole stazioni appaltanti.

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

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

Infatti, l'idea di partenza è quella secondo cui le procedure telematiche dovrebbero garantire la massima certezza di tutti i passaggi procedurali, riducendo, se non eliminando del tutto, il rischio di violazioni e di conseguenti impugnazioni. E, tuttavia, il fenomeno che si sta verificando è quello dell'apertura di una possibile nuova fonte di contenzioso.

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

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

Il Tar Milano, in una recente pronuncia, esprime il principio, che si sta consolidando, per cui è legittima l'esclusione dell'offerta presentata in ritardo se il ricorrente non dimostra il malfunzionamento della piattaforma⁴. È senz'altro una prova molto difficile da fornire. Così qualcuno ha provato a sostenere la tesi opposta: è la stazione appaltante in quanto gestisce la piattaforma che deve dimostrare che tutto funziona bene⁵.

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

In un caso esemplare, si considera l'evenienza non insolita del concorrente escluso che dice di aver cominciato a caricare i documenti due ore prima della scadenza del termine, ma non è riuscito a finire in tempo l'operazione⁶, contestando, per questa ragione, il provvedimento di esclusione. Il collegio non condivide la prospettazione del ricorrente escluso e dice che è un problema dell'operatore economico se decide au-

⁴ TAR Lombardia, Sez. Milano, 10 marzo 2022 n. 571.

⁵ Nello stesso senso: TAR Puglia, Sez. Lecce, 2 febbraio 2022 n. 192.

⁶ Cons. Stato, Sez. IV, 24 gennaio 2022 n. 448. Nello stesso senso: Cons. Stato, Sez. V, 4 ottobre 2021 n. 6605; Cons. Stato, Sez. III, 28 luglio 2020, n. 4795.

tonomamente di effettuare un'offerta all'ultimo minuto, senza considerare il fisiologico tempo necessario per l'*upload* dei documenti.

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

In particolare, si afferma che la procedura che prevede il caricamento delle offerte sulla piattaforma non può essere un surrogato con invio tramite PEC, non foss'altro perché in questo modo viene meno la segretezza delle offerte⁷.

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

Un altro tema interessante concerne l'interferenza fra procedura telematica e attività che il seggio di gara compie in modo cartaceo o materiale⁸. Secondo la giurisprudenza, se la stazione appaltante chiamata a rispondere alla richiesta di accesso ai documenti non deposita i *files*, ma la documentazione cartacea che contiene i documenti, comunque sta consentendo l'accesso. Pur facendo forse un po' *regredire* il procedimento da telematico a cartaceo, è una soluzione comunque ragionevole.

Una recente decisione del Consiglio di Stato ha il pregio di ricostruire le caratteristiche della procedura telematica, anche con riferimenti puntuali non solo alle norme ma anche su aspetti tecnici⁹.

La sentenza si riferisce ad una gara telematica in cui, però, si erano inseriti alcuni passaggi cartacei e materiali. La sentenza dice che queste attività non telematiche, svolte in "*modalità offline*" sono, al più, mere irregolarità che non inficiano la procedura telematica. La soluzione è condivisibile. Anche in questo caso, peraltro, sullo sfondo della controversia decisa si intravedono i rischi della diffusione di un contenzioso formalistico che ricorda, *mutatis mutandis*, il vecchio contenzioso sulla "cera lacca" sui lembi delle offerte non chiuse.

Un altro filone emerso in giurisprudenza verte sul tema dell'applicabilità del soccorso istruttorio alle procedure telematiche. Si tratta, peral-

⁷ TAR Trento, 12 ottobre 2021 n. 156.

⁸ Cons. Stato, Sez. V, 17 marzo 2022 n. 1951.

⁹ Cons. Stato, Sez. V, 20 gennaio 2021 n. 623.

tro, di un problema generale: non è chiarissima la normativa, ma anche le applicazioni che sono fatte in giurisprudenza. Anche alla luce del principio di leale collaborazione e buona fede ora sanciti dalla legge n. 241 del 1990¹⁰.

In relazione all'esclusione da procedura telematica per errori dell'operatore economico, si ritiene che la PA avrebbe dovuto consentire il soccorso istruttorio¹¹. Analoga posizione di maggiore tutela del privato che sbaglia che può significare un pregiudizio dell'aggiudicatario e dello svolgimento della gara, anche se bisogna verificare i contenuti della *lex specialis* che può essere non adeguatamente predisposta, riconosce l'esigenza della tutela dell'affidamento del privato¹².

Altra questione affiorata in giurisprudenza, poi, è quella relativa alle modalità del soccorso istruttorio. È legittimo se attivato mediante una comunicazione PEC, ovvero avrebbe dovuto essere fatto unicamente mediante la piattaforma elettronica della gara? La Sezione V del Consiglio di Stato si orienta nel senso più aperto, ossia dell'equipollenza piena della PEC alla comunicazione effettuata per il tramite della piattaforma della gara¹³.

6. *Conclusioni: il giudice amministrativo e la sfida aperta dell'innovazione*

Ecco che questa carrellata della giurisprudenza fa emergere due aspetti centrali.

A. Da un lato, il giudice amministrativo sta assumendo un atteggiamento largamente favorevole all'innovazione tecnologica nello svolgimento della gara.

B. Dall'altro lato vi è il rischio che possa alimentarsi un contenzioso ulteriore originato da alcuni limiti normativi della disciplina delle gare telematiche.

¹⁰ Art. 1, c. 2-bis, l. 7 agosto 1990, n. 241, *Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*, comma introdotto dall'art. 12, c. 1, lett. 0a), decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito con l. 11 settembre 2020, n. 120, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, recante «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitalis», Decreto Semplificazioni: "I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede"*.

¹¹ Cons. Stato, Sez. VI, 1° luglio 2021 n. 5008.

¹² Cons. Stato, Sez. V, 2 agosto 2021 n. 5641.

¹³ Cons. Stato, Sez. V, 31 agosto 2021 n. 6132.

Dunque, è opportuno che nell'imminente esercizio della delega per la riforma dei contratti pubblici si tenga conto anche di queste problematiche, cercando soluzioni normative chiare ed univoche, anche alla luce degli indirizzi emersi finora in giurisprudenza.

Per concludere, si può senz'altro affermare che almeno da parte del sistema della giustizia amministrativa ci sono tutti i presupposti per accogliere pienamente gli auspici espressi dal Prof. J.-B. Auby: l'innovazione nei contratti pubblici può e deve essere vero beneficio per le amministrazioni, in tutto il mondo, e per i loro cittadini.

ELENA QUADRI

LA MODELLAZIONE DIGITALE DEI CONTRATTI E GLI ACCORDI COLLABORATIVI¹

SOMMARIO: 1. Il *Building Information Modeling* nei contratti pubblici. – 2. Il *Building Information Modeling* e la concorrenza. – 3. Il *Building Information Modeling* e i contratti collaborativi.

1. *Il Building Information Modeling nei contratti pubblici*

Nei prossimi anni entrerà in vigore l'obbligo di progettazione in BIM per tutti i lavori pubblici².

Invero, nell'ambito della tendenza verso l'ingegnerizzazione delle procedure ad evidenza pubblica e dei contratti pubblici, come previsto fra i criteri di delega del disegno di legge sui contratti pubblici – approvato dal Senato il 9 marzo 2022 – alla lett. *i*)³, cruciale rilevanza rivesti-

¹ Questo scritto costituisce una rielaborazione e integrazione del contributo “*Il BIM*” per il volume a cura di M.R. SPASIANO, M. CALABRÒ, G. MARI, F. GAMBARDELLA, P. TANDA, A.G. PIETROSANTI, *Fondamenti di diritto per l'architettura e l'ingegneria civile*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, 443 e ss.

² Decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, 1 dicembre 2017, n. 560, che, in attuazione dell'art. 23, c. 1, lett. *b*), e c. 13, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, *Codice dei contratti pubblici*, stabilisce “*modalità e tempi di progressiva introduzione, da parte delle stazioni appaltanti, delle amministrazioni concedenti e degli operatori economici, dell'obbligatorietà dei metodi e degli strumenti elettronici specifici, quali quelli di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture, nelle fasi di progettazione, costruzione e gestione delle opere e relative verifiche*”. Tale d.m. è stato modificato dal decreto del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili 2 agosto 2021, n. 312, che ha in particolare considerato l'esigenza di formazione del personale e di predisposizione di adeguati strumenti per la gestione informativa, oltre che di adozione di un atto organizzativo che espliciti il processo di controllo e gestione, il gestore del dato e la gestione dei conflitti.

³ Art. 1, lett. *i*), d.d.l. 2330-A, *Delega al Governo in materia di contratti pubblici*, approvato dal Senato il 9 marzo 2022: “*riduzione e certezza dei tempi relativi alle procedure di gara, alla stipula dei contratti e all'esecuzione degli appalti, anche attraverso la digitalizzazione e l'informatizzazione delle procedure, la piena attuazione della Banca dati nazionale dei contratti pubblici e del fascicolo virtuale dell'operatore economico, il superamento dell'Albo nazionale dei componenti delle commissioni giudicatrici, il rafforzamento della specializzazione professionale dei commissari all'interno di ciascuna amministrazione e la riduzione degli oneri documentali ed*

ranno gli strumenti del BIM (*Building Information Modeling*) e degli *smart contracts* (che si basano sulla tecnologia della *blockchain*)⁴.

Il *Building Information Modeling* (BIM) consiste in una metodologia di progettazione molto utilizzata nel Regno Unito, nei Paesi Bassi e negli Stati Uniti d'America nell'ambito delle costruzioni, basata sull'integrazione fra i diversi elementi progettuali e che consente di realizzare digitalmente, mediante l'utilizzazione di piattaforme interoperabili a mezzo di formati aperti non proprietari, accurati modelli virtuali dell'edificio da costruire che contengono con altissima precisione la geometria e gli altri dati necessari per la progettazione, la scelta del contraente, la costruzione e la gestione della vita utile dell'edificio mediante la manutenzione⁵.

Tale metodo di progettazione, permettendo un'analisi e un controllo più approfonditi ed efficienti da parte della committenza rispetto a quelli consentiti dai metodi tradizionali come il *Computer Aided Design* (CAD), permette di ottenere un miglior livello di progettazione a costi e tempi di realizzazione inferiori, riducendo le criticità connesse alla fase di esecuzione dell'opera pubblica.

In particolare, mediante tale metodologia è possibile beneficiare di un maggior controllo sull'esecuzione del contratto, risolvendo con anti-

economici a carico dei soggetti partecipanti, nonché di quelli relativi al pagamento dei corrispettivi e degli acconti dovuti in favore degli operatori economici, in relazione all'adozione dello stato di avanzamento dei lavori e allo stato di svolgimento delle forniture e dei servizi".

⁴ Su questi temi, compreso quello degli accordi multilaterali collaborativi, cfr. P.E. GIANA, *Accordi collaborativi a supporto della modellazione informativa (BIM) e degli strumenti digitali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022; G.M. DI GIUDA, G. PATTINI, *Transizione digitale per l'ambiente costruito*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021; G.M. RACCA, *La digitalizzazione necessaria dei contratti pubblici: per un'Amazon pubblica*, in DPCE online, n. 4/2021, 4669-4706; G.M. RACCA, C.R. YUKINS (a cura di), *Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders*, in *Droit Administratif / Administrative Law Collection* (Dir. by J.-B. AUBY), no. 27, Bruylant, Bruxelles, 2019; D. MOSEY, *Collaborative procurement dialogue, dialogo sugli appalti collaborativi*, a cura di E. PARISI, N. POSTERARO, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019; S. VALAGUZZA, *Collaborare nell'interesse pubblico*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019; ID., *Governare per contratto. Come creare valore attraverso i contratti pubblici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018. Sul BIM in particolare, cfr. G.M. RACCA, *La modellazione digitale per l'integrità, l'efficienza e l'innovazione nei contratti pubblici*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 3/2019, 739-766; C. EASTMAN, P. TEICHOLZ, R. SACKS, K. LISTON, edizione italiana a cura di G.M. DI GIUDA, V. VILLA, *Il BIM. Guida completa al building information modeling*, Hoepli, Milano, 2016; A. CIRIBINI, *BIM e digitalizzazione dell'ambiente costruito*, Grafill, Palermo, 2016; V. SESSA, *Riforma degli appalti e Building Information Modeling*, in *Giust.amm.*, n. 2/2016. Sulla *blockchain* cfr. *Blockchain: cos'è, come funziona e quali sono i principali casi d'uso in azienda*, in www.cwi.it. Sull'applicazione della *blockchain* in tema di appalti pubblici, cfr. A. BOTTO, S. CASTROVINCI ZENNA, *La blockchain negli appalti pubblici, come utilizzarla: i vantaggi*, in www.agendadigitale.eu.

⁵ In giurisprudenza si veda: TAR Lombardia, Sez. I, Milano, 29 maggio 2017 n. 1210.

cipo le problematiche alla stessa connesse, elidere le differenze tra la fase di progettazione e quella di esecuzione con conseguente riduzione delle varianti e, in definitiva, ottenere una riduzione dei tempi e dei costi.

Mediante tale strumento si realizza, dunque, una perfetta ed ottimale collaborazione fra i diversi soggetti coinvolti nella progettazione edilizia, anche in considerazione della sempre più sentita esigenza di dati delle infrastrutture, critici, aperti e riutilizzabili.

Ai sensi dell'art. 4, c. 2, del d.m. n. 560 del 2017, i flussi informativi che riguardano la stazione appaltante e il relativo procedimento si svolgono all'interno di un ambiente di condivisione dei dati, dove avviene la gestione digitale dei processi informativi, esplicitata attraverso un processo di correlazione e di ottimizzazione tra i flussi informativi digitalizzati e i processi decisionali che riguardano il singolo procedimento.

Secondo il *National Institute of Building Sciences* (NIBS) presso il *National Building Information Modeling Standard* (NBIMS), l'obiettivo del BIM è quello di realizzare “*un processo più efficiente di pianificazione, progettazione, costruzione, gestione e manutenzione che utilizzi un modello standardizzato di informazioni in formato digitale per ogni edificio, nuovo o esistente, contenente tutte le informazioni create o raccolte su tale edificio in un formato utilizzabile da tutti i soggetti interessati nell'intero ciclo di vita*” (NIBS, 2008).

Come risulta dalla lettura delle edizioni italiane delle migliori pubblicazioni sul tema di origine statunitense⁶, il BIM consente un progresso nel settore dell'automazione delle attività correlate ai progetti e ai processi basati su carta verso un flusso di lavoro integrato e interoperabile in cui tali attività sono riunite in un processo coordinato e collaborativo, che promuove al massimo l'aggregazione dei dati per l'acquisizione di informazioni e conoscenze, la capacità di calcolo e la comunicazione *web*. Mediante questi strumenti è possibile, dunque, porre in essere simulazioni e manipolazioni di modelli fondati sulla realtà al fine di gestire l'ambiente di costruzione seguendo un processo decisionale ripetibile e verificabile, con conseguente riduzione dei rischi e miglioramento della qualità delle azioni e dei prodotti a livello industriale.

⁶G.M. DI GIUDA, G. PATTINI, *Transizione digitale per l'ambiente costruito*, cit.; S. VALAGUZZA, *Collaborare nell'interesse pubblico*, cit.; S. VALAGUZZA, *Governare per contratto. Come creare valore attraverso i contratti pubblici*, cit.; G.M. RACCA, *La modellazione digitale per l'integrità, l'efficienza e l'innovazione nei contratti pubblici*, cit.; G.M. DI GIUDA, V. VILLA, *Il BIM. Guida completa al building information modeling*, cit.; A. CIRIBINI, *BIM e digitalizzazione dell'ambiente costruito*, cit.; V. SESSA, *Riforma degli appalti e Building Information Modeling*, cit.

L'uso della modellazione digitale può, dunque, costituire un utile e valido strumento per eliminare gli errori di progettazione e per superare le asimmetrie informative tra stazione appaltante e operatore economico, permettendo alla prima di controllare nel dettaglio la fase dell'esecuzione di quanto progettato e di ridurre in maniera consistente le esternalità negative connesse alla fase di realizzazione dell'opera pubblica, superando l'antagonismo tra parte pubblica e parte privata al fine della realizzazione dell'interesse comune⁷.

Mediante l'utilizzazione del BIM potranno essere immediatamente intercettate e subito risolte le eventuali interferenze (mediante la *clash detection*, che costituisce una tecnica per identificare se due parti del progetto interferiscono reciprocamente) che dovessero verificarsi nella fase esecutiva dell'appalto, evitando, in questo modo, il sopraggiungere di difficoltà operative ad esecuzione avanzata, difficilmente superabili o la cui risoluzione comporterebbe l'esponenziale aumento dei tempi e del costo connesso alle varianti in corso d'opera o all'insorgere di contenziosi.

2. *Il Building Information Modeling e la concorrenza*

Prima ancora, la modellazione progettuale realizzata mediante l'uso del BIM può consentire alla stazione appaltante di redigere *lex specialis* di gara (bando, disciplinare, capitolati) che permettano l'individuazione dell'offerta realmente rispondente in modo ottimale alle necessità dell'amministrazione committente, utilizzando criteri oggettivi di attribuzione del punteggio che favoriscano la valorizzazione di quelle improntate all'implementazione delle metodologie di progettazione digitalizzate per raggiungere più facilmente le esigenze di integrazione e trasparenza nella fase di realizzazione dell'opera.

L'art. 48, c. 6, del d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modificazioni, dalla l. 29 luglio 2021, n. 108⁸, prevede la possibilità, per le stazioni appaltanti che procedono agli affidamenti concernenti gli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste dal

⁷ G.M. RACCA, R. CAVALLO PERIN, *Material changes in contract management as symptoms of corruption: a comparison between EU and U.S. procurement systems*, in G.M. RACCA, C.R. YUKINS (a cura di), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, cit., 247-274.

⁸ Art. 48, c. 6, d.l. 31 maggio 2021, n. 77 convertito in l. 29 luglio 2021, n. 108, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, recante governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure*.

PNRR e dal PNC e dai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione europea di cui al c. 1 del medesimo articolo 48, di assegnare un punteggio premiale per l'uso nella progettazione dei metodi e strumenti elettronici specifici di cui all'articolo 23, c. 1, lett. *b*), del decreto legislativo n. 50 del 2016⁹, demandando ad apposito provvedimento del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili la definizione delle regole e specifiche tecniche per l'utilizzo dei citati metodi e strumenti elettronici¹⁰.

Invero, ai sensi dell'art. 23, c. 1, lett. *b*), del Codice dei contratti pubblici, il legislatore ha inteso assicurare la razionalizzazione delle attività di progettazione in materia di lavori pubblici e delle connesse verifiche anche mediante il progressivo uso di metodi e strumenti elettronici specifici quali quelli di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture¹¹.

⁹ D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, *Codice dei contratti pubblici*.

¹⁰ Cfr. art. 7-bis, d.m. n. 560 del 2017 (Punteggi premiali), inserito dall'art. 1, c. 1, lett. g), d.m. 2 agosto 2021, n. 312, a decorrere dal 3 agosto 2021, ai sensi di quanto disposto dall'art. 2, c. 1, del medesimo d.m. n. 312/2021, secondo cui: "1. *Le stazioni appaltanti possono introdurre, nell'ambito dei criteri di aggiudicazione dell'offerta e nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 95 del medesimo codice, punteggi premiali per l'uso di metodi e strumenti elettronici specifici. Nell'ambito di tali criteri possono rientrare, a titolo esemplificativo: a) proposte metodologiche per integrare gli aspetti di gestione del progetto con la gestione della modellazione informativa; b) proposte metodologiche per l'implementazione dell'offerta di gestione informativa e del piano di gestione informativa in relazione alle esigenze di cantierizzazione, anche con strumenti innovativi di realtà aumentata e di interconnessione tra le entità presenti in cantiere; c) proposte metodologiche volte a consentire un'analisi efficace dello studio, tra l'altro, di varianti migliorative e di mitigazione del rischio; d) proposte che consentano alla stazione appaltante di disporre di dati e informazioni utili per l'esercizio delle proprie funzioni ovvero per il mantenimento delle caratteristiche di interoperabilità dei modelli informativi; e) previsione di modalità digitali per la tracciabilità dei materiali e delle forniture e per la tracciabilità dei processi di produzione e montaggio, anche al fine del controllo dei costi del ciclo di vita dell'opera; f) proposte volte ad utilizzare i metodi e gli strumenti elettronici per raggiungere obiettivi di sostenibilità ambientali anche attraverso i principi del green public procurement; g) previsione di strumenti digitali per aumentare il presidio di controllo sulla salute e sicurezza dei lavori e del personale coinvolto nell'esecuzione; h) previsione di modelli digitali che consentano di verificare l'andamento della progettazione e dei lavori e/o che consentano di mantenere sotto controllo costante le prestazioni del bene, compresi i sistemi di monitoraggio e sensoristica. 2. Ulteriori criteri premiali possono prevedere l'assegnazione di un punteggio aggiuntivo all'offerente che impieghi metodi e strumenti digitali che consentano alla stazione appaltante di monitorare, in tempo reale, l'avanzamento del cronoprogramma e dei costi dell'opera*".

¹¹ Ai sensi dell'art. 23, c. 13, d.lgs. n. 50/2016, cit.: "Le stazioni appaltanti possono richiedere per le nuove opere nonché per interventi di recupero, riqualificazione o varianti, prioritariamente per i lavori complessi, l'uso dei metodi e strumenti elettronici specifici di cui al comma 1, lettera h). Tali strumenti utilizzano piattaforme interoperabili a mezzo di formati aperti non proprietari, al fine di non limitare la concorrenza tra i fornitori di tecnologie e il coinvolgimento di specifiche progettualità tra i progettisti. L'uso, dei metodi e strumenti elettronici

Tali metodi consentono, infatti, rispetto all'uso dei tradizionali strumenti di progettazione basati su disegni cartacei o elettronici, di realizzare accurati modelli virtuali di un edificio (il cosiddetto *digital twin* dell'opera) – dunque processi costruttivi più sostenibili ed efficienti – e di garantire migliori prestazioni riducendo l'impiego delle risorse lavorative e finanziarie necessarie, dei tempi e del rischio connesso all'esecuzione delle opere pubbliche¹².

Rispetto ai metodi tradizionali, il BIM può contribuire a risolvere le problematiche più critiche che interessano la costruzione di un'opera pubblica e il suo ciclo di vita, mediante la riduzione dei tempi e dei costi di progettazione e costruzione, l'aumento della complessità dei progetti, la riduzione dei costi per il consumo di energia, l'aumento della sostenibilità della progettazione, il miglioramento delle performance dell'edificio.

Il BIM può esser di ausilio, in particolare, sin dalla fase di ideazione e poi di studio di fattibilità dell'opera in quanto, mediante l'individuazione preventiva delle esatte dimensioni, della consistenza e qualità dei materiali e dei requisiti dell'edificio, permette di determinare nel dettaglio e con relativa certezza le risorse finanziarie necessarie alla realizzazione dell'opera impedendo, dunque, di spendere tempo e denaro per progetti irrealizzabili perché vanno oltre il budget disponibile¹³.

può essere richiesto soltanto dalle stazioni appaltanti dotate di personale adeguatamente formato. Con decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, da adottare entro il 31 luglio 2016, anche avvalendosi di una Commissione appositamente istituita presso il medesimo Ministero, senza oneri aggiuntivi a carico della finanza pubblica sono definiti le modalità e i tempi di progressiva introduzione dell'obbligatorietà dei suddetti metodi presso le stazioni appaltanti, le amministrazioni concedenti e gli operatori economici, valutata in relazione alla tipologia delle opere da affidare e della strategia di digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche e del settore delle costruzioni. L'utilizzo di tali metodologie costituisce parametro di valutazione dei requisiti premianti di cui all'articolo 38”.

¹² Più specificamente: “Il BIM fa progredire il settore dell'automazione delle attività correlate ai progetti e ai processi basati su carta (CAD 3D, animazione, database collegati, fogli di calcolo e disegni CAD 2D) verso un flusso di lavoro integrato e interoperabile in cui tali attività sono riunite in un processo coordinato e collaborativo, che promuove al massimo la capacità di calcolo, la comunicazione web e l'aggregazione dei dati per l'acquisizione di informazioni e conoscenze. Con questi strumenti è quindi possibile simulare e manipolare modelli fondati sulla realtà per gestire l'ambiente di costruzione seguendo un processo decisionale ripetibile e verificabile, che riduce i rischi e migliora la qualità delle azioni e dei prodotti a livello industriale”, cfr. C. EASTMAN, P. TEICHOLZ, R. SACKS, K. LISTON, edizione italiana a cura di G.M. DI GIUDA, V. VILLA, *Il BIM. Guida completa al building information modeling*, cit., 18.

¹³ G.M. RACCA, *La Corte di Giustizia e le scelte nazionali per una efficiente e trasparente aggregazione dei contratti pubblici: una sfida per l'evoluzione digitale della “funzione appalti” nazionale, regionale e locale*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, n. 2/2021, spec. 190.

La generalizzazione dell'uso del BIM nel settore delle costruzioni unitamente all'evoluzione tecnologica comporterà, per quanto detto, anche un notevole sviluppo delle competenze tecniche e giuridiche, sia per chi opera nell'ambito delle amministrazioni committenti che per gli operatori privati, oltre che una propensione alla collaborazione rispetto all'individualismo, da cui conseguirà un generalizzato aumento di fiducia, anche in relazione alla migliore individuazione delle rispettive responsabilità¹⁴.

Né l'introduzione di tale modalità di progettazione deve far temere una riduzione della libera concorrenza in ragione della minore propensione all'uso delle moderne tecnologie da parte della maggioranza delle piccole e medie imprese, atteso che, al contrario, l'utilizzazione obbligatoria di tali procedimenti operativi di progettazione stimolerà la maggiore qualificazione e la capacità degli operatori del settore, anche mediante l'introduzione di metodi di apposita alta formazione, incrementando le qualità professionali degli stessi nell'ambito del settore degli appalti pubblici¹⁵.

Ne risulterà migliorata, inoltre, la propensione alla collaborazione, trasformando le attuali relazioni conflittuali, in quanto sviluppare la progettazione con riferimento a tutte le fasi di realizzazione dell'opera pubblica, dall'ideazione alla manutenzione, porterà tutti i soggetti coinvolti nel mercato delle committenze pubbliche a condividere le esperienze, sviluppando un complesso di relazioni interconnesse e realizzando, sulla base dei dati condivisi, un sistema di *best practices* che potrà essere messo a disposizione per esperienze future¹⁶.

Introducendo un meccanismo di premialità dell'operatore economico che raggiunga risultati migliori rispetto a quelli previsti, si sollecitano prestazioni sempre più performanti, aumentando il livello di qualità. In questo senso si potrebbe, ad esempio e tra l'altro, generalizzare il sistema già previsto per le opere del PNRR all'art. 50, c. 4, del d.l. n. 77 del 2021, secondo cui: *“qualora l'ultimazione dei lavori avvenga in anticipo rispetto al termine ivi indicato, è riconosciuto, a seguito dell'approvazione da parte della stazione appaltante del certificato di collaudo o di verifica di conformità, un premio di accelerazione per ogni giorno di anticipo, determinato sulla base degli stessi criteri stabiliti per il calcolo della penale, mediante utilizzo delle somme indicate nel quadro economico dell'inter-*

¹⁴ Si veda: G.M. RACCA, in questo Volume.

¹⁵ Si veda: M.P. CHITI, in questo Volume.

¹⁶ Si veda: F. FRATTINI, in questo Volume.

vento alla voce imprevisti, nei limiti delle risorse ivi disponibili, sempre che l'esecuzione dei lavori sia conforme alle obbligazioni assunte". Invero, il disegno di legge delega prevede alla lett. ff), la "razionalizzazione della disciplina concernente i meccanismi sanzionatori e premiali finalizzati a incentivare la tempestiva esecuzione dei contratti pubblici da parte dell'agjudicatario, anche al fine di estenderne l'ambito di applicazione".

Si assiste, dunque, all'uso complementare tra la metodologia progettuale BIM e lo strumento degli accordi o dei contratti collaborativi ai fini del miglioramento dell'efficienza nel settore degli appalti pubblici. Invero, la gestione del processo del BIM attraverso accordi bilaterali comprometterebbe i benefici legati all'impiego di tale metodologia, atteso che, per garantire l'interconnessione tra i diversi professionisti con competenze diverse, è necessario creare un collegamento generale e trasversale.

3. *Il Building Information Modeling e i contratti collaborativi*

Mediante l'utilizzazione degli accordi collaborativi, il committente riesce a gestire nel miglior modo lo scambio di informazioni e l'interazione fra gli operatori coinvolti nel processo.

Il confronto della progettazione in un ambiente digitale di raccolta organizzata e condivisa di dati (*common data environment*) porta, invero, all'ideazione di accordi collaborativi, non necessariamente a contenuto patrimoniale, al fine di disciplinare specificamente i rapporti giuridici fra i vari operatori coinvolti nella realizzazione dell'opera pubblica così progettata.

*"L'accordo collaborativo, identificando la rete, crea una alleanza nella quale gli operatori economici e il committente si riconoscono, accettando di unirsi per perseguire un obiettivo comune e convogliando le energie di tutti per cogliere le opportunità che emergono nella fase di esecuzione dei rispettivi rapporti contrattuali"*¹⁷.

Ne costituisce un esempio il FAC-1¹⁸, *Framework Alliance Contract*, modello di regolazione dei rapporti giuridici fra i soggetti coinvolti nella

¹⁷ Così, D. MOSEY, *Collaborative procurement dialogue*, cit., spec. 46.

¹⁸ Il Fac-1 è stato ideato e redatto dal Prof. D. Mosey, direttore del Centre for Construction Law and Dispute Resolution del King's College di Londra e tradotto e adattato al contesto giuridico italiano dal Centro di Construction Law and management in seguito ad un lavoro portato avanti da un gruppo costituito dall'Università degli Studi di Milano, dal Politecnico di Milano e dall'Università degli Studi di Brescia.

realizzazione di un'opera pubblica per l'attuazione del coordinamento fra le varie prestazioni degli stessi.

L'accordo collaborativo, inteso come accordo quadro fra tutti i soggetti coinvolti nella realizzazione dell'opera pubblica, affiancandosi ai singoli contratti d'opera o di servizio sottoscritti da ciascun professionista, permetterebbe di superare le criticità della contrattazione tradizionale, essenzialmente costituite dalla frammentazione, dalla staticità e dalla occasionalità e non qualificazione, nonché di individuare nel dettaglio le specifiche responsabilità connesse all'esecuzione dell'opera, al fine di superare l'attuale orientamento giurisprudenziale di sostanziale responsabilità solidale fra tutti i professionisti coinvolti nella realizzazione del progetto¹⁹.

Dagli approfonditi studi accademici condotti al *King's College* di Londra si sono rivelate le cause principali da cui, secondo gli appaltatori, le committenze ed i progettisti, scaturiscono le controversie nell'ambito dei contratti: (i) informazioni progettuali imprecise; (ii) informazioni progettuali inadeguate; (iii) indagini inadeguate sul sito; (iv) risposte lente da parte delle committenze; (v) comunicazioni inadeguate; (vi) obiettivi temporali non realistici; (vii) amministrazione dei contratti inadeguata; (viii) eventi esterni incontrollabili; (ix) informazioni incomplete sulle gare d'appalto; e (x) ripartizione dei rischi non chiara.

Con l'interazione BIM - accordi collaborativi, tali cause di controversie possono essere per lo più evitate, con una più efficiente condivisione dei dati e il conseguente miglioramento della trasparenza²⁰.

¹⁹ Su questi temi cfr. S. VALAGUZZA, *Governare per contratto*, cit., 196 e ss.

²⁰ Ne costituisce esempio la costruzione della nuova scuola di primo grado di Liscate, su cui cfr. P.E. GIANA, *Accordi collaborativi a supporto della modellazione informativa (BIM) e degli strumenti digitali*, cit.: mediante la digitalizzazione della documentazione per la fase esecutiva a supporto dell'operato dell'ufficio di direzione lavori, si è realizzata una sistematica gestione dell'acquisizione delle informazioni. Attraverso la predisposizione di una piattaforma documentale *Document Management System* (DMS), atta a controllare e favorire la gestione del progetto tramite uno scambio informativo strutturato tra le parti coinvolte, si è raggiunto un allineamento degli obiettivi e sono state rimosse le asimmetrie informative tra le parti. La piattaforma DMS ha agevolato la gestione documentale, mediante l'ottimizzazione dell'archiviazione dei documenti e il tracciamento dei flussi durante l'intera vita dell'immobile. La piattaforma DSM garantisce l'univocità delle informazioni che vengono trasmesse all'interno del processo edilizio e la trasparenza dei flussi di informazioni, che rimangono a disposizione dei soggetti responsabili. In particolare, la tracciabilità delle modifiche apportate ai documenti permette di poter gestire e tener memoria dell'evoluzione che ogni documento ha avuto nel corso dell'iter progettuale, di chi ha apportato tali modifiche ed in quale data, rendendo completamente tracciabile e trasparente il processo. Nel corso dell'intero processo di costruzione di un'opera, si susseguono differenti attori, processi e documenti. Mediante un

Tutto questo presuppone, tuttavia, l'estrema professionalizzazione sia delle stazioni appaltanti che degli operatori economici privati, sia sotto il profilo delle competenze giuridiche che tecniche, risultando i due aspetti strettamente complementari nel mercato delle commesse pubbliche.

La professionalizzazione delle stazioni appaltanti, che costituisce uno dei principali criteri di delega del disegno di legge sui contratti pubblici²¹, potrà essere realmente realizzata anche a tal fine, solo mediante l'attuazione degli artt. 37 e 38 del d.lgs. n. 50 del 2016 (qualificazione delle stazioni appaltanti²²

approccio digitalizzato, è possibile seguire attentamente la successione degli eventi e in tal modo garantire un migliore controllo del processo. Durante la gestione di un processo di costruzione è possibile che alcune operazioni non vengano eseguite, che alcuni documenti non siano redatti adeguatamente e che alcune tempistiche non siano rispettate. L'integrazione tra l'accordo collaborativo FAC-1 e le tecnologie digitali ha però permesso un maggior controllo dei flussi, delle decisioni e soprattutto dei dati.

²¹ Art. 1, lett. b), d.d.l. 2330-A, cit.: *“ridefinizione e rafforzamento della disciplina in materia di qualificazione delle stazioni appaltanti, afferenti ai settori ordinari e ai settori speciali, al fine di conseguire la loro riduzione numerica, nonché l'accorpamento e la riorganizzazione delle stesse, anche mediante l'introduzione di incentivi all'utilizzo delle centrali di committenza e delle stazioni appaltanti ausiliarie per l'espletamento delle gare pubbliche; definizione delle modalità di monitoraggio dell'accorpamento e della riorganizzazione delle stazioni appaltanti; potenziamento della qualificazione e della specializzazione del personale operante nelle stazioni appaltanti, anche mediante la previsione di specifici percorsi di formazione, con particolare riferimento alle stazioni uniche appaltanti e alle centrali di committenza che operano a servizio degli enti locali”*.

²² La qualificazione delle stazioni appaltanti e, per l'effetto, la razionalizzazione e la riduzione delle stesse è un tema che riveste una rilevanza strategica per il rilancio del mercato delle commesse pubbliche e che, pertanto, non può essere messo in discussione. Sullo stesso si fonda, invero, tra l'altro, l'intera riforma operata con il Codice dei contratti pubblici nel 2016 (d.lgs. 50/2016, cit.). Ciononostante, l'istituto non ha ancora ricevuto concreta attuazione da parte di alcuno dei numerosi interventi normativi che si sono susseguiti nel corso degli anni successivi all'emanazione del vigente Codice dei contratti pubblici, fra i quali, fra i più rilevanti, il decreto sblocca cantieri (decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 giugno 2019, n. 55), e il decreto semplificazioni (decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120). L'unico provvedimento allo stesso dedicato è costituito da una bozza di d.P.C.M. elaborata nel 2018 a cui, peraltro, non è stato dato alcun seguito. Il Governo, con l'adozione del decreto semplificazioni e governance del PNRR (decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77), non ha perso l'occasione di riprendere il tema, dedicando particolare attenzione al rafforzamento delle stazioni appaltanti e al loro accorpamento, in particolare con due norme: l'art. 11 e l'art. 52. La prima norma, rubricata: *“Rafforzamento della capacità amministrativa delle stazioni appaltanti”*, al c. 1 prevede che Consip S.p.a. metta a disposizione delle pubbliche amministrazioni specifici contratti, accordi quadro e servizi di supporto tecnico per aumentare l'efficacia e l'efficienza dell'attività di approvvigionamento e garantire una rapida attuazione delle progettualità del PNRR e degli altri interventi ad esso collegati, compresi i programmi cofinanziati dall'Unione europea per il periodo 2021/2027. Per le medesime finalità, si dispone che Consip, in coordinamento con le centrali di committenza regionali per le attività degli enti territoriali di competenza, realizzi, altresì, un programma di informazione, formazione e

tutoraggio nella gestione delle specifiche procedure di acquisto e di progettualità per l'evoluzione del Sistema Nazionale di e-Procurement e il rafforzamento della capacità amministrativa e tecnica delle pubbliche amministrazioni. La seconda norma (art. 52, *supra*), quella senza dubbio più rilevante, reintroduce, sostanzialmente, per le opere del PNRR, la disposizione centrale che era stata pensata dal legislatore del 2016 per il rafforzamento della qualificazione e della centralizzazione delle stazioni appaltanti e che era stata sospesa con il decreto sblocca-cantieri, e cioè, l'art. 37, c. 4, del Codice, secondo cui: *“Se la stazione appaltante è un comune non capoluogo di provincia, fermo restando quanto previsto al comma 1 (cfr. “Le stazioni appaltanti, fermi restando gli obblighi di utilizzo di strumenti di acquisto e di negoziazione, anche telematici, previsti dalle vigenti disposizioni in materia di contenimento della spesa, possono procedere direttamente e autonomamente all’acquisizione di forniture e servizi di importo inferiore a 40.000 euro e di lavori di importo inferiore a 150.000 euro, nonché attraverso l’effettuazione di ordini a valere su strumenti di acquisto messi a disposizione dalle centrali di committenza e dai soggetti aggregatori. Per effettuare procedure di importo superiore alle soglie indicate al periodo precedente, le stazioni appaltanti devono essere in possesso della necessaria qualificazione ai sensi dell’articolo 38”) e al primo periodo del comma 2 (Per il quale: “Salvo quanto previsto al c. 1, per gli acquisti di forniture e servizi di importo superiore a 40.000 euro e inferiore alla soglia di cui all’articolo 35, nonché per gli acquisti di lavori di manutenzione ordinaria d’importo superiore a 150.000 euro e inferiore a 1 milione di euro, le stazioni appaltanti in possesso della necessaria qualificazione di cui all’articolo 38 nonché gli altri soggetti e organismi di cui all’articolo 38, c. 1 procedono mediante utilizzo autonomo degli strumenti telematici di negoziazione messi a disposizione dalle centrali di committenza qualificate secondo la normativa vigente”), procede secondo una delle seguenti modalità: a) ricorrendo a una centrale di committenza o a soggetti aggregatori qualificati; b) mediante unioni di comuni costituite e qualificate come centrali di committenza, ovvero associandosi o consorzandosi in centrali di committenza nelle forme previste dall’ordinamento; c) ricorrendo alla stazione unica appaltante costituita presso le province, le città metropolitane ovvero gli enti di area vasta ai sensi della legge 7 aprile 2014, n. 56”*. Spiace constatare che la sospensione di tale disposto normativo, per la generalità degli appalti, durerà ancora, anche in base alle nuove prescrizioni del decreto semplificazioni e *governance* del PNRR, fino al 30 giugno 2023, scelta dettata, probabilmente, da motivazioni che esulano dal diritto. Per le procedure afferenti le opere PNRR (Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza) e PNC (Piano Nazionale per gli investimenti Complementari), sempre l'art. 52, c. 1, lett. a), del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, dispone, invece, del tutto condivisibilmente, che i comuni non capoluogo di provincia procedono all'acquisizione di forniture, servizi e lavori, oltre che secondo le modalità indicate dal citato articolo 37, c. 4, attraverso le unioni di comuni, le province, le città metropolitane e i comuni capoluogo di province, nelle more di una disciplina diretta ad assicurare la riduzione, il rafforzamento e la qualificazione delle stazioni appaltanti. Da tale inciso emerge, dunque, la consapevolezza della necessità di realizzare quanto prima l'attuazione integrale del sistema della qualificazione e professionalizzazione delle stazioni appaltanti, in ragione delle esigenze di accorpamento dettate dalla difficoltà nell'indizione delle gare di appalto, che richiede funzionari pubblici che siano professionisti competenti e un efficace sistema assicurativo che ne garantisca la copertura da responsabilità, risultandone, altrimenti, inibita la discrezionale libertà di azione. E in questo senso il legislatore dell'emergenza interviene anche assicurando un piano straordinario di assunzioni per la realizzazione delle infrastrutture strategiche, che possa garantire con meccanismi agili il reclutamento di giovani tecnici, soprattutto ingegneri e architetti, dotati delle competenze necessarie al fine di restituire reale discrezionalità alle stazioni appaltanti, che a questo punto saranno in grado di esercitarla nel migliore dei modi.

La qualificazione delle stazioni appaltanti dovrebbe tendere ad incrementare la qualità e l'efficienza del sistema degli affidamenti delle commesse pubbliche, trovando diretto fondamento nell'interpretazione economica del principio del buon andamento dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 della Costituzione. Il giudizio concreto sulla riuscita dell'istituto potrà darsi, evidentemente, solo *ex post*, in seguito alla sua attuazione concreta. I vantaggi sperati potrebbero comunque consistere nella riduzione dei costi di transazione che ogni procedura ad evidenza pubblica comporta, sia di quelli diretti, legati all'esborso di risorse finanziarie e professionali, che di quelli indiretti, connessi ai tempi lunghi di espletamento delle gare, spesso legati anche all'insorgenza di defatiganti contenziosi; della riduzione dell'asimmetria informativa tra stazioni appaltanti e operatori economici; della maggiore professionalizzazione e delle minori inefficienze delle stazioni appaltanti; della diminuzione dei fenomeni corruttivi e delle incompetenze (*active e passive waste*). Il sistema della qualificazione delle stazioni appaltanti trova suoi antecedenti negli Stati Uniti d'America, in Finlandia e in Francia, mentre in Europa ha ricevuto una notevole considerazione soprattutto in seguito all'emanazione da parte della Commissione europea di appositi atti di *soft law* successivi alle direttive appalti, in cui il tema della professionalizzazione era solo accennato. Dunque, la Commissione europea interviene con atti di *soft law* (Sul tema cfr. M. COZZIO, *La nuova strategia europea in materia di appalti pubblici*, in *Giornale diritto amministrativo*, n. 1/2019, 53-62), di più rapida adozione e di più agile recepimento da parte degli Stati membri rispetto alle direttive, vincolanti e di difficile attuazione. Reagisce, come è stato osservato, all'eccesso di legislazione europea. Nella comunicazione "Migliorare il mercato unico: maggiori opportunità per i cittadini e per le imprese", COM(2015)550 del 28 ottobre 2015, la Commissione UE afferma, soprattutto con riferimento agli appalti per l'affidamento dei grandi progetti per le infrastrutture, penalizzati da ritardi dovuti alla complessità e alla lunghezza delle procedure, che: "gli appalti sono spesso condotti senza le necessarie competenze o conoscenze tecniche o procedurali, in modo poco conforme alla normativa e con ripercussioni negative tanto per le imprese quanto per i contribuenti". Nella comunicazione "Appalti pubblici efficaci in Europa e per l'Europa", COM(2017)572 del 3 ottobre 2017, la Commissione UE sollecita la professionalizzazione delle stazioni appaltanti e pone l'attenzione sul fatto che: "le amministrazioni raramente acquistano insieme", "le possibilità di utilizzare appalti strategici sono ancora troppo poco utilizzate", "le procedure d'appalto sono ritenute troppo complesse e sono penalizzate da eccessivi oneri amministrativi", "la trasformazione digitale degli appalti pubblici è lenta". Gli obiettivi da raggiungere, secondo la Commissione, consistono: nel garantire la più ampia diffusione degli appalti strategici; nella professionalizzazione degli acquisti pubblici a lungo termine; nel miglioramento dell'accesso ai mercati pubblici e dell'efficienza del contenzioso; nell'aumento della trasparenza, integrità e qualità dei dati, in modo da promuovere una trasformazione digitale degli appalti; nella cooperazione negli appalti mediante l'aggregazione degli acquisti e la creazione di piattaforme per la conoscenza e condivisione delle soluzioni e delle *best practices*. Nella raccomandazione sulla professionalizzazione degli appalti pubblici, C/2017/6654, oltre che sul favorire progetti e iniziative in partenariato con organizzazioni pubbliche e private, si insiste ancora sull'elaborazione di programmi a lungo termine di professionalizzazione delle risorse umane, anche se, riguardo a quest'ultimo profilo, potrebbero sorgere problemi di incompatibilità con la disciplina anticorruzione, che spinge, invece, verso una rotazione del personale, soprattutto di quello che si occupa di appalti pubblici. Dunque, i fondamenti normativi europei del sistema della qualificazione delle stazioni appaltanti (sul tema, cfr. V. VARONE, *La qualificazione delle stazioni appaltanti*, in *Il nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50)*, collana *Officina del diritto. L'amministrativista*, Giuffrè, Milano, 2016, 7-20), e delle centrali di committenza si rinvengono nei Considerando nn. 59 e

e centrali di committenza²³), mentre quella degli operatori economici privati, prevista anch'essa tra i criteri di delega²⁴, nel caso di piccole e medie imprese, potrà essere ottenuta ricorrendo agli strumenti di aggregazione delle imprese (associazioni temporanee d'impresa - ATI).

Invero, non può immaginarsi che modalità operative così tecnologicamente avanzate possano essere portate avanti da soggetti non dotati di una struttura di un certo rilievo, sia con riferimento al profilo dell'organizzazione, anche del personale, che della capacità finanziaria²⁵.

E questo vale anche, ad esempio, per l'utilizzazione della *blockchain* (letteralmente: "catena di blocchi"), che consiste in un *database*, che può essere condiviso fra un insieme aperto o controllato di utenti, che contiene una registrazione non modificabile delle loro transazioni, ciascuna marcata temporalmente e collegata alla precedente. È stata impiegata fino ad ora, per esempio, nei settori dei servizi finanziari, dell'assistenza sanitaria e dell'energia, e una sua utilizzazione nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica, se opportunamente regolamentata al fine di

69 e nell'art. 37 della direttiva n. 24/2014/UE. Quelli dell'ordinamento interno, invece, essenzialmente nell'art. 97 della Costituzione, con specifico riferimento all'interpretazione in senso economico del principio di buon andamento dell'azione amministrativa, nell'art. 118, c. 1 e c. 4, della Costituzione, riguardo alla sussidiarietà verticale e orizzontale, oltre che nei criteri direttivi della legge delega n. 11/2016 (art. 1, lett. *bb* e *cc*), e nella discrezionalità e semplificazione normativa e amministrativa. Nell'ambito del codice degli appalti (d.lgs. n. 50 del 2016) il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti è disciplinato dal Titolo II, parte II, agli artt. 37-43. Si basa su due pilastri normativi: l'art. 37, che disciplina le aggregazioni e centralizzazione delle committenze, e l'art. 38, sulla qualificazione delle stazioni appaltanti e centrali di committenza. Le altre sono disposizioni di completamento. L'art. 37, in continuità con il Considerando 69 e con l'art. 37 della direttiva 2014/24/UE, prevede il panorama generale dell'istituto (c. 1, c. 5), le caratteristiche delle centrali di committenza (c. 6), le funzioni delle stesse (c. 7, c. 8), il sistema di responsabilità (c. 9, c. 10, c. 11), la scelta della centrale di committenza (c. 12, c. 13) e le esclusioni (c. 14).

²³ L'art. 38, d.lgs. 50/2016, cit., invece, costituisce la disposizione normativa realmente innovativa e rivoluzionaria, sul fondamento della legge delega (art. 1, lett. *cc*). Prevede l'ambito soggettivo e oggettivo di applicazione dell'istituto, (c. 1, c. 3, c. 5), i requisiti per il conferimento della qualificazione (c. 2, c. 4, c. 6), la qualificazione con riserva (c. 7), il sistema sanzionatorio da parte dell'ANAC (c. 8) e le esclusioni (c. 10).

²⁴ Cfr. art. 1, lett. *q*), d.d.l. delega 2330-A, cit.: "*revisione e semplificazione del sistema di qualificazione generale degli operatori, valorizzando criteri di verifica formale e sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche e professionali, dell'adeguatezza dell'attrezzatura tecnica e dell'organico, delle attività effettivamente eseguite e del rispetto della legalità, delle disposizioni relative alla prevenzione antimafia, alla tutela del lavoro e alla prevenzione e al contrasto della discriminazione di genere, anche attraverso l'utilizzo di banche dati a livello centrale che riducano le incertezze in sede di qualificazione degli operatori nelle singole procedure di gare e considerando la specificità del settore dei beni culturali*".

²⁵ Si veda: G.M. RACCA, in questo Volume.

evitare il rischio di possibili abusi, garantirebbe l'esecuzione automatica di *smart contracts*²⁶, contratti intelligenti, in base al verificarsi di predefinite condizioni, senza il bisogno del controllo di un amministratore. L'integrazione della tecnologia della *blockchain* nel sistema delle gare pubbliche, innanzitutto, per le sue caratteristiche tendenti ad assicurare l'immodificabilità dei dati, la presenza di un controllo diffuso sui singoli passaggi della procedura, nonché la tracciabilità della filiera dei pagamenti, potrebbe restituire fiducia nelle transazioni e fronteggiare al meglio i rischi di corruzione ed in generale i pericoli di indebite influenze sulle procedure ad evidenza pubblica. La *blockchain* potrebbe, inoltre, migliorare e semplificare il controllo sulla regolarità delle operazioni di gara e ridurre l'asimmetria informativa tra la stazione appaltante e i concorrenti, rendendo più efficienti le operazioni di verifica in ordine alla sussistenza dei requisiti dei partecipanti e sulla documentazione dagli stessi presentata.

Attribuendo l'attuazione del contratto a sistemi di reazioni che scattano automaticamente al verificarsi di determinati eventi si potrebbe, ad esempio, permettere il parziale e immediato pagamento in conseguenza della corretta esecuzione della relativa parte dell'opera da parte dell'appaltatore. Invero, il disegno di legge in materia di contratti pubblici prevede fra i criteri di delega alla lett. gg) la "*semplificazione delle procedure di pagamento da parte delle stazioni appaltanti del corrispettivo contrattuale, anche riducendo gli oneri amministrativi a carico delle imprese*". In generale, l'adeguata interconnessione tra le banche dati e i registri esistenti, sempre aggiornati e validati, potrebbe rivestire un ruolo cruciale nella riduzione degli oneri amministrativi gravanti sulle stazioni appaltanti e sugli operatori economici, ma richiede alte e specifiche competenze, e, dunque, stazioni appaltanti altamente qualificate.

Si raggiunge, così, nel miglior modo, la finalità di realizzazione dell'interesse pubblico, in cui confluiscono i singoli interessi dei soggetti, sia pubblici che privati, che operano nel settore degli appalti pubblici.

La digitalizzazione del campo delle costruzioni (*Architecture Engineering and Construction - AEC*), tenuto conto di tutte le sue potenzialità, costituisce, dunque, un'occasione che non possiamo permetterci di perdere, un'ottima opportunità da mettere a disposizione per il superamento dei problemi di inefficienza che persistono nel settore e per la ripresa del mercato delle commesse pubbliche.

²⁶ R. CAVALLO PERIN, D.-U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, 2020.

FLAVIA RISSO

LA VALUTAZIONE DELL'OFFERTA TECNICA E LA DIGITALIZZAZIONE

SOMMARIO: 1. L'approccio al tema della digitalizzazione: un'opportunità e non un problema. – 2. Diffusione della digitalizzazione nelle relazioni di diritto pubblico e intervento “sostitutivo” della giurisprudenza. – 3. Sviluppo della digitalizzazione nello specifico settore dei contratti pubblici. – 4. Criticità dell'attuale sistema di redazione dei criteri (a monte) e di valutazione delle offerte tecniche (a valle). ... – 5. ...e possibili benefici derivanti dall'uso delle tecnologie. – 6. Proposte di possibili applicazioni pratiche. – 7. Conclusioni.

1. *L'approccio al tema della digitalizzazione: un'opportunità e non un problema*

Non c'è dubbio che la digitalizzazione costituisca un'opportunità straordinaria; oltre che una scelta obbligata, se non si vuol restare indietro.

Ma, come qualunque opportunità, presenta dei rischi. Rischi da considerare attentamente (e con la giusta “serenità” di approccio), contestualmente ai vantaggi, proprio per poter sfruttare con convinzione le opportunità di tale strumento.

Non è un caso che nella proposta di Regolamento europeo sull'Intelligenza Artificiale¹, presentata il 21 aprile 2021, si valutino i rischi dell'intelligenza artificiale al fine di salvaguardare i diritti fondamentali e la sicurezza degli utenti².

In quest'ottica mi sono avvicinata al tema della digitalizzazione; non solo come giudice e come studiosa del diritto, ma anche come cittadina, cercando di capire come lo strumento tecnologico possa essere sfruttato per migliorare la vita di tutti, rendendo i servizi pubblici più efficienti.

¹ COM (2021) 206 final 2021/0106 (COD), *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica di alcuni atti dell'Unione*. Si vedano: G.M. RACCA e R. CAVALLO PERIN, in questo Volume.

² Sul punto, E. GABELLINI, *Algoritmi decisionali e processo civile: limiti e prospettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 1/2022, 59-93.

I vantaggi connessi all'uso della digitalizzazione (anche algoritmica) nelle relazioni di diritto pubblico sono molteplici, tra cui: *a)* la riduzione dei rischi di disparità di trattamento; *b)* la riduzione dell'errore umano; *c)* la prevenzione dei fenomeni corruttivi; *d)* la maggiore completezza dell'istruttoria; *e)* la prevedibilità della decisione amministrativa; *f)* la maggiore certezza giuridica.

Ma, forse soprattutto, l'uso della tecnologia è una possibile soluzione alle difficoltà della pubblica amministrazione italiana, alla quale si affidano sempre più compiti ma con sempre meno risorse, e che è sempre più bisognosa di un processo di radicale modernizzazione e innovazione.

Questo, pertanto, sarà l'approccio con il quale affronterò il tema che mi è stato assegnato: quello che si potrebbe definire l'ottimismo della ragione (ovvero, *dell'intelligenza* umana) nei confronti *dell'intelligenza* artificiale.

2. *Diffusione della digitalizzazione nelle relazioni di diritto pubblico e intervento "sostitutivo" della giurisprudenza*

L'uso di strumenti digitali e di algoritmi nelle relazioni di diritto pubblico si sta diffondendo rapidamente.

In assenza di una precisa cornice normativa di riferimento, la giurisprudenza si è trovata ad affrontare diverse e delicate questioni in via pretoria, dimostrando di saper fronteggiare le novità fornendo una tutela adeguata, con pronunce non scontate e innovative. È sufficiente leggere le sentenze "di esordio" della VI sezione³ – le prime in Italia, tra le prime in Europa sul tema – per rendersi conto dell'onere di cui il Consiglio di Stato si è fatto carico in questi anni, individuando la cornice di principio sulla quale fondare le proprie decisioni e indirizzare l'amministrazione.

Per quanto riguarda il settore delle procedure di gara o di concorso, tra le tante, si richiamano le seguenti sentenze: Cons. Stato, n. 7507 del 2021⁴, sul "rischio tecnologico" nelle gare telematiche, T.A.R. Toscana n. 1502 del 2021⁵ e Cons. Stato n. 5792 del 2021⁶, sui malfunzionamenti

³ Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270; Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472; Cons. Stato, Sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881.

⁴ Cons. Stato, Sez. III, 11 novembre 2021, n. 7507.

⁵ T.A.R. Toscana, Sez. III, 18 novembre 2021, n. 1502.

⁶ Cons. Stato, Sez. V, 6 agosto 2021, n. 5792.

delle piattaforme telematiche, T.A.R. Milano, n. 1147 del 2021⁷, sulle conseguenze dell'impossibilità di lettura di un file generato ed inviato da un concorrente in sede di presentazione della propria offerta tecnica, T.A.R. Lazio, n. 3742 del 2021⁸, sulla necessità del soccorso istruttorio nel caso in cui si siano verificati problemi di caricamento di documenti in sede di presentazione telematica di una domanda di partecipazione a procedure di abilitazione, Cons. Stato, n. 149 del 2021 sulla sottoscrizione digitale dei documenti di gara in caso di gara gestite su supporto informatico, Cons. Stato, n. 627 del 2021 sul principio di pubblicità e gare telematiche; sul punto, anche la recentissima sentenza del T.A.R. Napoli del 22 marzo 2022, n. 1905⁹ sull'idoneità della modalità telematica di svolgimento della gara a garantire la trasparenza anche in assenza di seduta pubblica; sempre del T.A.R. Napoli è la sentenza n. 5238 del 2021¹⁰ che affronta il problema delle difficoltà tecniche che possono presentarsi nel corso delle procedure concorsuali organizzate "da remoto". Ebbene, il giudice amministrativo ha evidenziato che tali difficoltà non possono compromettere la partecipazione alla procedura laddove emerga che le difficoltà di collegamento non sono causate da negligenza o a mala fede del partecipante.

Non è questa la sede per analizzare tutte queste pronunce. Mi limito ad individuare le due direttrici della complessa attività che ha posto in essere il giudice amministrativo.

Da un lato, ha cercato di proteggere cittadini e imprese di fronte a possibili ingiustizie derivanti dall'uso della tecnologia nelle procedure pubbliche, senza tuttavia introdurre ostacoli aprioristici a tale uso.

Dall'altro, ha cercato di tracciare le coordinate positive per un nuovo sistema di amministrazione, che possa effettivamente cogliere le opportunità della digitalizzazione.

Ebbene, se questo è il contesto in cui ci si deve muovere, alla ricerca di un difficile equilibrio tra uso delle tecnologie e tutela degli utenti, la domanda che orienterà il mio intervento è: in che modo la digitalizzazione e l'uso di algoritmi potranno migliorare le gare pubbliche? E, nello specifico, come potrà giovare l'attività delle Commissioni di gara nella fase cruciale della valutazione dell'offerta tecnica, senza incidere negativamente sulla tutela degli utenti e delle stesse Stazioni appaltanti?

⁷ T.A.R. Lombardia, Sez. IV, 7 maggio 2021, n. 1147.

⁸ T.A.R. Lazio, Sez. III-*bis*, 27 marzo 2021, n. 3742.

⁹ T.A.R. Campania, Sez. IV, 22 marzo 2022, n. 1905.

¹⁰ T.A.R. Campania, Sez. IV, 26 luglio 2021, n. 5238.

3. *Sviluppo della digitalizzazione nello specifico settore dei contratti pubblici*

De iure condito, ci sono già delle aperture all'uso della digitalizzazione nelle procedure di gara. Il riferimento è all'art. 44 del d.lgs. 50 del 2016, che prevede l'adozione di un regolamento con il quale siano definite “*le modalità di digitalizzazione delle procedure di tutti i contratti pubblici, anche attraverso l'interconnessione per interoperabilità dei dati delle pubbliche amministrazioni*”.

Tale regolamento è stato adottato con il d.m. 12.8.2021, n. 148, il cui art. 21 è dedicato proprio all'apertura e alla valutazione delle offerte tecniche.

Da un lato, si prevede che “*Il sistema telematico esegua il calcolo del punteggio tecnico totale assegnato a ciascun operatore economico e ne registri l'esito segnalando l'eventuale mancato superamento del valore soglia*”.

Dall'altro, si dispone che “*Al termine delle operazioni di valutazione delle offerte tecniche presentate dagli operatori economici ammessi, la commissione, avvalendosi del sistema telematico, confermi gli esiti e i punteggi assegnati, consentendo la prosecuzione della procedura per i soli soggetti ammessi*”.

De iure condendo, invece, la principale apertura verso l'uso dello strumento digitale nelle gare di appalto è senz'altro costituita dal d.d.l. n. 2330-A, avente ad oggetto la delega al Governo in materia di contratti pubblici, il cui art. 1, lett. r), tra i principi e criteri direttivi della delega, prevede: “*individuazione delle ipotesi in cui le stazioni appaltanti possono ricorrere ad automatismi nella valutazione delle offerte e tipizzazione dei casi in cui le stazioni appaltanti possono ricorrere, ai fini dell'aggiudicazione, al solo criterio del prezzo o del costo, con possibilità di escludere per i contratti che non abbiano carattere transfrontaliero le offerte anomale determinate sulla base di meccanismi e metodi matematici ...*”.

Il legislatore delegante, dunque, ci pone di fronte a una vera e propria sfida: quella dell'uso della tecnologia (anche algoritmica) nella delicata attività di valutazione dell'offerta tecnica, fase sulla quale si concentra la stragrande maggioranza del contenzioso in materia di appalti.

Si tratta di una sfida su più fronti: sia quello giuridico-normativo sia quello tecnico-culturale¹¹.

L'obiettivo di questa sfida è il superamento delle criticità dell'attuale sistema, che si evidenziano dinanzi al giudice amministrativo.

¹¹ Si vedano: R. CAVALLO PERIN e J.-B. AUBY, in questo Volume.

4. *Criticità dell'attuale sistema di redazione dei criteri (a monte) e di valutazione delle offerte tecniche (a valle) ...*

Molto spesso, il contenzioso in materia di gare pubbliche è connesso alla scarsa trasparenza e chiarezza nell'attività di valutazione. Sia a monte sia a valle.

I problemi, infatti, nascono già “a monte”, in fase di redazione dei criteri di valutazione dell'offerta tecnica.

Spesso, infatti, nonostante la direttiva n. 2014/24/UE richiami la necessità di un confronto oggettivo¹², i criteri sono ambigui e generici, lasciando ampio spazio alla libera interpretazione e applicazione da parte della Commissione di gara.

Altre volte i criteri risultano irragionevoli.

Come evidenziato dalla professoressa Gabriella M. Racca in un interessante libro sulle sfide di integrità nei sistemi di approvvigionamento dell'UE e degli Stati Uniti, le formule matematiche che traducono i punteggi dati dalla Commissione in una classifica, spesso, danno solo una parvenza di obiettività¹³. Anche l'uso di mezzi elettronici – “*e-procurement*” – se si basa su un sistema arbitrario di valutazione delle offerte non renderà quel sistema più ragionevole.

Ciò si riflette anche sulla fase “a valle”, di scelta del contraente.

A volte, dietro quello che le stazioni appaltanti, in sede di contenzioso, definiscono “*legittimo esercizio della discrezionalità tecnica*” in sede di valutazione delle offerte, possono nascondersi i rischi di incertezza e di contenzioso, se non anche talvolta di corruzione.

5. *... e possibili benefici derivanti dall'uso delle tecnologie*

Ebbene, è proprio qui che la tecnologia (anche algoritmica) potrebbe servire a migliorare la qualità dell'azione amministrativa, a tutto vantaggio dei cittadini e delle imprese.

Perché attraverso l'uso della tecnologia nella fase di redazione dei criteri prima, e di valutazione dell'offerta tecnica poi, si potrebbero realizzare alcuni vantaggi.

¹² Considerando n. 90, Direttiva 24/2014/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici.

¹³ D.I. GORDON, G.M. RACCA, *Integrity Challenges in the EU and U.S. Procurement systems*, in G.M. RACCA, C.R. YUKINS (a cura di), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, Bruylant, Bruxelles, 2014, 130.

Innanzitutto, semplificazione e accelerazione (verrebbe infatti semplificato il lavoro delle Commissioni di gara, accelerando la conclusione delle procedure); inoltre, maggior trasparenza (attraverso la pubblicazione degli algoritmi e attraverso l'oggettivizzazione dei criteri di valutazione dell'offerta, evitando l'opacità di clausole ambigue e diversamente interpretabili); una conseguente, maggiore controllabilità, in sede amministrativa e anche giudiziaria. Questi effetti condurrebbero ad una riduzione del rischio di corruzione a effetti positivi sulla concorrenza e ad un'auspicabile riduzione del contenzioso.

Ma, nello stesso tempo, questi benefici derivanti dall'uso della tecnologia non ridurrebbero la tutela innanzi al giudice amministrativo. Anzi.

Criteri oggettivi, criteri misurabili, criteri "algoritmizzabili", sono più facilmente sindacabili.

Allo stato, quando i criteri di valutazione dell'offerta sono eccessivamente generici e ambigui, è davvero molto difficile per il giudice amministrativo sindacare l'operato della Stazione appaltante.

Molto spesso, nelle sentenze si trovano espressioni del tipo "*... le valutazioni delle offerte tecniche da parte delle commissioni di gara sono espressione di discrezionalità tecnica e come tali sono sottratte al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non siano manifestamente illogiche, irrazionali, irragionevoli, arbitrarie ovvero fondate su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti*".

Tale espressione, in realtà, nasconde l'estrema difficoltà e, a volte, addirittura l'impossibilità del giudice amministrativo di sindacare l'applicazione di un criterio proprio perché eccessivamente generico, ambiguo e, quindi, non misurabile.

E allora, la traduzione dei criteri di valutazione in un algoritmo – complesso, ma certamente oggettivo, matematico, logico – renderebbe "oggettivamente misurabili" i criteri di ponderazione delle offerte e garantirebbe alle imprese la possibilità di ottenere una tutela più incisiva innanzi al giudice amministrativo.

6. *Proposte di possibili applicazioni pratiche*

Oltre agli indubbi vantaggi sulla qualità (e sulla legalità) dell'attività di valutazione, il ricorso agli algoritmi potrebbe offrire anche molteplici utilità sul piano pratico, riducendo le lentezze, le imprecisioni, i margini di errore umano, incidendo positivamente sul buon andamento dell'atti-

vità amministrativa. Qualche esempio di applicazione in concreto potrebbe essere rappresentato: *a)* dall'uso di algoritmi di prima generazione per il calcolo dei punteggi o per l'applicazione delle formule matematiche; *b)* dall'uso di algoritmi nelle gare più semplici (seriali e standardizzate, anche quando non si opti per il criterio del prezzo più basso); *c)* dall'uso di algoritmi per la valutazione degli elementi di qualità quantificabili (il risparmio energetico, emissioni inquinanti, uso di risorse naturali, ecc...); *d)* anche nelle gare più complesse, gli strumenti algoritmici potrebbero essere utilizzati come supporto, a valle, per finalità di controllo e di verifica dell'attività di valutazione dell'offerta tecnica; *e)* si potrebbe, a monte, pensare di utilizzare gli algoritmi anche per fare un *check* di ragionevolezza dei criteri di valutazione dell'offerta, cercando di tradurre il criterio in linguaggio algoritmico e verificare *ex ante* se il criterio può funzionare, se è razionale.

Una volta che l'algoritmo sul singolo criterio di valutazione è creato e funziona, esso diventerà "*replicabile*" e potrà essere messo a disposizione dell'ANAC, e, attraverso quest'ultima, di tutte le stazioni appaltanti, come è già accaduto per i bandi-tipo, creando le condizioni per una maggiore uniformità anche nella delicata fase della valutazione dell'offerta tecnica.

7. Conclusioni

In conclusione, può affermarsi che l'utilità nell'uso delle tecnologie, anche nell'attività di valutazione dell'offerta tecnica, appare evidente.

Purtroppo, nella realtà, siamo ancora lontani da un completo sfruttamento del mezzo tecnologico nelle gare di appalto.

Ma il Paese non può permettersi di restare indietro, non può – non oggi, non con il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza – non provare a modernizzare radicalmente il proprio sistema di appalti pubblici, e non solo quello.

Il PNRR ci chiede di abbandonare l'approccio parcellizzato e frammentario e di procedere in un'ottica di sistema. Non è ammissibile un "federalismo digitale".

Per farlo, si dovrà compiere un deciso cambio di passo.

Come abbiamo detto, la sfida è su più fronti: giuridico-normativo ma anche, forse soprattutto, tecnico-culturale.

Sul piano tecnico-culturale, sicuramente, l'uso di tali strumenti richiede una multidisciplinarietà: i funzionari amministrativi dovranno (an-

che perché lo richiede il PNRR) migliorare le proprie competenze informatiche e abituarsi a vincere le loro rigidità e a interagire con tecnici informatici, in una contaminazione/arricchimento culturale necessario a entrambi.

Sul piano giuridico, le stazioni appaltanti dovranno rispettare i principi elaborati dal Consiglio di Stato in tema di decisione algoritmica¹⁴.

In particolare, senza dubbio, dovranno essere rispettati il principio di trasparenza nella sua declinazione rafforzata, intesa quale piena conoscibilità e comprensibilità dell'algoritmo¹⁵, il principio di responsabilità e imputabilità della decisione alla Stazione appaltante (che si collega al principio di non esclusività della decisione algoritmica)¹⁶ nonché il principio di non discriminazione algoritmica¹⁷.

Ma non basta.

Non si può infatti dimenticare che l'amministrazione, quanto si rivolge al mercato, rimane pur sempre un acquirente, simile ad un acquirente privato, con bisogni e necessità specifiche da soddisfare.

Per questa ragione, il Consiglio di Stato, con la recente sentenza n. 7891 del 2021, ha evidenziato che l'uso di algoritmi non deve tramutare la procedura "*da strumento servente a vincolo condizionante lo stesso fabbisogno della stazione appaltante*"¹⁸.

Le esigenze dell'amministrazione restano comunque il *prius*, sia dal punto di vista funzionale sia dal punto di vista logico, e tali esigenze non possono essere pretermesse o prevaricate dalla rigida applicazione di strumenti algoritmici che finiscano per imporre all'amministrazione un bene che essa non vuole.

Lo strumento digitale (anche algoritmico) dovrà pur sempre collocarsi in una posizione necessariamente servente rispetto sia ai bisogni delle stazioni appaltanti, sia ai bisogni degli operatori economici.

Ecco, allora, che la regola umana e la regola matematica devono trovare un loro modo di coesistere, in un equilibrio difficile ma necessario, e anche possibile.

Perché è sempre l'uomo che decide le regole della macchina...ed è sempre l'uomo che deve poter controllare il risultato dell'algoritmo e che

¹⁴ Si veda: F. FRATTINI, in questo Volume.

¹⁵ Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270; Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472; Cons. Stato, Sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881.

¹⁶ Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472; Cons. Stato, Sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881.

¹⁷ Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, punto 15.3.

¹⁸ Cons. Stato, Sez. III, 25 novembre 2021, n. 7891.

può, a un certo punto, decidere di “staccare il pilota automatico” e farne (in parte) a meno.

E qui la sfida si porta anche sul piano normativo.

Il legislatore, nel riformare (o riscrivere) il codice dei contratti pubblici introducendo l'uso di strumenti digitali anche nella fase di valutazione dell'offerta (come previsto nel d.d.l. delega), dovrà tenere conto della necessità di fare salvi alcuni spazi di incomprimibile discrezionalità in capo alle stazioni appaltanti, laddove ciò sia necessario per la migliore soddisfazione degli interessi pubblici sottesi alle procedure di gara.

Il legislatore pertanto dovrà evitare di “eccedere” nel dettaglio della disciplina, come invece ha fatto sinora, venendo incontro alla usuale richiesta delle amministrazioni (e ormai anche degli operatori) di “non lasciare spazi vuoti”, di “prescrivere esattamente cosa fare”.

Anche in materia di appalti pubblici, dunque, la storia si ripete, perché si tende a dimenticare ciò che la storia insegna.

Già agli albori della riforma del codice del 2016, il Presidente Pajno¹⁹ aveva messo in guardia il legislatore (purtroppo, senza essere forse troppo ascoltato) dai rischi che si annidavano dietro ad un eccesso di “dettaglio” nella disciplina dei contratti pubblici.

Condividendo il pensiero del Presidente, mi sento di poter dire che vi sarà un vero cambiamento nel prossimo nuovo codice se esso sarà costituito da una disciplina ridotta e semplificata, che consenta (anzi, imponga) all'amministrazione l'esercizio del suo potere discrezionale, senza cadere nell'errore di inseguire la realtà con regole sempre più dettagliate, sempre più minuziose, e proprio per questo sempre comunque lacunose²⁰.

Dobbiamo infatti ricordarci che la realtà corre sempre più veloce della legge, come la tartaruga rispetto ad Achille, e quindi è illusorio (quanto superbo) che la legge pretenda di prevedere – e pre-regolare – ogni possibile fattispecie senza lasciare all'applicatore e all'interprete un margine di manovra.

E risultato di tale superbia, ...come quello di tutte le superbie, ...non può essere che l'inferno.

¹⁹ A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in *Astrid Rassegna*. Testo della relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi su “*La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*”, Varenna 17-19 settembre 2015.

²⁰ F. CINTIOLI, *Per qualche gara in più. Il labirinto degli appalti pubblici e la ripresa economica*, Rubbettino Editore, Catanzaro, 2020.

Poiché, come ci ricorda lo stesso Presidente Pajno, citando Grant Gilmore: “*nel paradiso non ci sarà legge*” ma purtroppo “*all’inferno non ci sarà nient’altro che legge e il giusto processo sarà meticolosamente osservato*”²¹.

²¹ G. GILMORE, *The Ages of American Law*, Yale University Press, 1977, 110-111 “*in Heaven there will be no law*”, ma “*in Hell there will be nothing, but law and due process will be meticulously observed*”.

ROBERTO CAVALLO PERIN

LA DIGITALIZZAZIONE E L'ANALISI DATI

SOMMARIO: 1. Le tecnologie per l'estensione della conoscenza. – 2. L'algoritmo e il necessario intervento umano. – 3. Un'intelligenza artificiale per una buona amministrazione. – 4. L'interpretazione e i rinnovati *grands arrêts*.

1. *Le tecnologie per l'estensione della conoscenza*

Il livello di complessità cui è ormai giunta la nostra società non è più adeguatamente conoscibile dalla “nuda” mente umana, che non è capace di vedere la realtà con quel livello di approssimazione che è necessario per affrontare e tentare di risolvere i problemi ad un livello accettabile. È come essere gravemente miopi o presbiteri e perseverare a non correggere l'anomalia indossando occhiali adeguati, guardare la realtà circostante senza l'ausilio del cannocchiale o del microscopio. Quindi c'è anzitutto un problema di capacità della tecnologia di consentire alle persone umane di vedere una quantità di elementi di cui altrimenti non terrebbero conto, ma c'è anche un secondo *deficit*, quello di capacità – tempo e forza – di analizzare l'ingente massa di dati di cui si è venuti a conoscenza¹.

Una seconda convinzione – o preconcetto – è che il modo di “ragionare” degli algoritmi abbia molto a che fare con il modo di ragionare dei giuristi o almeno con alcune nostre abituali “tecnicità”, in particolare con un modo di ragionare che noi conosciamo sin dall'inizio dei no-

¹ R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Dir. amm.*, n. 2/2020, 305 ss.; R. CAVALLO PERIN, *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e l'integrazione europea*, in L. FERRARA, D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa europea*, vol. I, Firenze University Press, Firenze, 2016, 23 ss.; D.-U. GALETTA, “Open government”, “open data” e azione amministrativa, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 3/2019, 663 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA, *La tecnificazione*, in L. FERRARA, D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall'Unificazione amministrativa italiana*, vol. IV, Firenze University Press, Firenze, 2016; G. CARULLO, *Open Data e partecipazione democratica*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 3/2019, 685 ss.; F. COSTANTINO, *Lampi. Nuove frontiere delle decisioni amministrative tra open e big data*, in *Dir. amm.*, n. 4/2017.

stri studi: ricavare la *ratio decidendi* da una decisione, con un'unica grande differenza, che l'algoritmo è strutturato per cavarla a partire da migliaia di casi e riuscire – con un margine d'errore via via più contenuto – a predire quali potranno essere le decisioni su casi nuovi².

L'algoritmo ricava dalla decisione le ragioni (variabili nel linguaggio di programmazione) in forza delle quali si è giunti alla stessa³. Operando su un numero molto elevato di casi, l'algoritmo effettua degli aggiustamenti, in ragione dei pesi assegnati ai precedenti che si sono assunti come casi algoritmici, quelli inseriti nella base dati da cui diparte (*data lake*)⁴. Una fase di sperimentazione consente di monitorare e correggere l'algoritmo affinandolo, sino ad un livello ritenuto ottimale⁵.

Perciò dobbiamo raccogliere la sollecitazione del Presidente Frattini a procedere nello studio sperimentale degli appalti amministrativi che rappresentano ad un tempo un settore peculiare e molto rilevante per la giurisdizione del giudice amministrativo⁶. L'occasione è irripetibile perché per la prima volta abbiamo una massa sufficiente di sentenze del giu-

² L. AMMANNATI, *I 'signori' nell'era dell'algoritmo*, in *Diritto Pubblico*, n. 2/2021, 38 ss.; G. CARULLO, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2018; V. ZENO-ZENCOVICH, *Dati, grandi dati, dati granulari e la nuova epistemologia del giurista*, in *MediaLaws*, n. 2/2018; V. BERLINGÒ, *Il fenomeno della datafication e la sua giuridicizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3/2017, 641-675; L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Raffaello Cortina, Milano, 2017, 96; F. COSTANTINO, *L'uso della telematica nella pubblica amministrazione*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2016, 242 ss.; S. CHIGNARD, L.D. BENYAYER, *Datanomics*, Roubaix, Editions Fyp, 2015; V. MAYER-SCHÖNBERGER, K. CUKIER, *Big Data: A Revolution That Will Transform How We Live, Work, and Think*, Mariner Books, London, 2013, 99 ss.

³ B. MARCHETTI, *La garanzia dello "human in the loop" alla prova della decisione amministrativa algoritmica*, in *Rivista di BioDiritto*, n. 2/2021, 367 ss.

⁴ G. CARULLO, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, cit.

⁵ R. CAVALLO PERIN, *Pubblica amministrazione e data analysis*, in R. CAVALLO PERIN (a cura di), *L'amministrazione pubblica con i big data: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale*, Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino, Torino, 2021, 11 ss.; J.-B. AUBY, *Il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 3/2019, 621 ss.; I.M. DELGADO, *Automazione, intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: vecchie categorie concettuali per nuovi problemi?*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 3/2019, 663 ss.

⁶ F. FRATTINI, in questo Volume. Il 22 dicembre 2020 il Dipartimento di Management dell'Università degli Studi di Torino e l'Ufficio Studi, Massimario e Formazione della Giustizia Amministrativa hanno stipulato un Accordo per l'analisi dei dati del contenzioso amministrativo presenti nella banca dati della Giustizia amministrativa e in altre banche dati delle pubbliche amministrazioni e delle Autorità indipendenti, per lo svolgimento di una comune attività di ricerca.

dice amministrativo – almeno un milione⁷ – che raccolte in forma digitale possono ora essere analizzate dagli algoritmi.

Siamo in grado di chiedere agli algoritmi, su ogni tipo di casi che abbia un numero adeguato di sentenze, di ricostruirne la *ratio decidendi*, offrendola come base logica per decisioni future⁸.

Con un livello di precisione apprezzabile, l'algoritmo è capace di indicare per ogni motivo di ricorso la soluzione (accoglie o rigetta) che lo stesso ha imparato ad assegnare (allenamento dell'algoritmo) in ragione di determinati fatti giuridicamente rilevanti.

Una soluzione che l'algoritmo ha ovviamente imparato dalle sentenze che ha come precedenti, anche tutte quelle cui la cultura umana è giunta nel tempo, in quella forma mediata dalle culture, dalle persone, dai colleghi o da altri elementi di cui non abbiamo in definitiva una esatta conoscenza, che invece ora siamo in grado di analizzare scientificamente, criticamente, selezionando gli indirizzi che si vuole confermare rispetto a quelli che appare preferibile abbandonare⁹.

Possiamo provare a mettere in funzione gli algoritmi per rivedere il nostro modo di operare come giuristi, senza preconcetti, prendendo atto che l'errore umano è nella realtà delle cose, poiché ora è possibile avere

⁷ Nella sezione “Decisioni e Pareri” del portale della Giustizia amministrativa (www.giustizia-amministrativa.it) ad oggi (6.5.2022) sono presenti, oltre a decreti, ordinanze e pareri, 1.058.549 sentenze pronunciate dai Tribunali amministrativi regionali e dal Consiglio di Stato (142.795 sono pronunciate da quest'ultimo). Sono presenti alcune sentenze risalenti (alcune decine fra il 1908 e il 1993 e varie centinaia nel periodo 1994-1998). Il numero delle sentenze supera le decine di migliaia dal 1999 ad oggi. Fra gli anni più recenti si registrano 50.465 sentenze nel 2018, 53.484 nel 2019, 49.385 nel 2020, 55.450 nel 2021. Del totale delle sentenze del sistema TT.AA.RR.-Consiglio di Stato, 83.602 contengono la parola “appalt*” (il motore di ricerca non consente una consultazione dei provvedimenti per area tematica). Di queste, 17.592 sono state pronunciate in grado d'appello. Le sentenze in materia di appalti registrate sono 5.209 nel 2018, 5.146 nel 2019, 5.363 nel 2020, 5.520 nel 2021.

⁸ R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, cit., 315, “*Senonché è la forte riaffermazione di un primato della decisione umana che rischia di marginalizzare la scienza giuridica, rinunciando in premessa a valorizzare i caratteri che le sono peculiari, ove l'analisi e la classificazione dei casi giurisprudenziali è stata da tempo forgiata proprio per rivelare la ratio decidendi che – a prescindere dagli obiter dicta – fonda la relazione tra fatto e dispositivo, secondo un procedimento logico che è assimilabile all'operare degli algoritmi.*”; F. PATRONI GRIFFI, *Tecniche di decisione e prevedibilità nella sentenza amministrativa*, in A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2017, 183 ss.

⁹ Cons. Stato, Sez. III, 25 novembre 2021, n. 7891, che individua l'algoritmo come sequenza finita di istruzioni che siano ben definite e non ambigue per essere eseguite meccanicamente e per produrre un determinato risultato; sulla legittimità o base legale dell'algoritmo: C.G.U.E. 6 settembre 2017, C-643/15 e C-647/15; C.G.U.E. 7 settembre 2016, C-113/14; C.G.U.E., 1 dicembre 2015, C-124/13 e 125/13.

una analisi sistemica che ci consente di correggere l'errore in modo altrettanto sistemico¹⁰.

Si può dare all'algoritmo l'intera massa di sentenze che riguardano il procedimento che conduce una pubblica amministrazione alla stipulazione di un contratto, possiamo allenarlo su ciascun motivo rilevante di quel processo decisionale offrendo all'algoritmo il caso e la decisione sul caso (accoglimento o rigetto)¹¹. Una fase sperimentale è tuttavia indispensabile e ciò è possibile sia per l'amministrazione sia per la giurisdizione offrendo la soluzione dell'algoritmo al contraddittorio rispettivamente dei partecipi e delle parti¹².

In sede procedimentale l'uso dell'algoritmo mi pare possibile proprio in ragione di questa fase di sperimentazione¹³, che giuridicamente impone di aprire un contraddittorio sulla soluzione data dall'algoritmo.

¹⁰ Sull'utilizzo dell'algoritmo e sulla necessaria accessibilità al codice sorgente, per assicurare tracciabilità delle ragioni della decisione dell'amministrazione pubblica: Cons. Stato, Sez. VI, 26 gennaio 2021, n. 799, in cui si afferma che “*il disposto annullamento dell'uso dell'algoritmo (nel caso di specie, relativo all'assegnazione di docenti alle sedi disponibili, ndr.) non avvenne per ragioni di merito relative alla sua inattendibilità tecnica, ma esclusivamente per la non intellegibilità delle operazioni condotte sulla base di esso (alla luce delle concrete risultanze processuali e della mancata illustrazione dello stesso da parte della P.A. [...])*”; T.A.R. Lazio, Sez. III-bis, 10-13 settembre 2019, n. 10964. Tra i commenti, E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, n. 2/2020, 27; Id., *AI, algoritmi e pubblica amministrazione in Italia*, in *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política*, marzo 2020; I. FORGIONE, *Il caso dell'accesso al software Miur per l'assegnazione dei docenti (Nota a TAR Lazio, Sez. III-bis, 14 febbraio 2017, n. 3769)*, in *Giornale diritto amministrativo*, n. 5/2018, 647 ss. Già A. MASUCCI, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie. Il procedimento amministrativo elettronico ad istanza di parte*, Giappichelli, Torino, 2011.

¹¹ G.M. RACCA, *La digitalizzazione dei contratti pubblici*, in R. CAVALLO PERIN, D.-U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, cit., 321.

¹² R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, cit., 320; G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Predeterminazione analisi predittiva e nuove forme di intellegibilità*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019; F. COSTANTINO, *Rischi e opportunità del ricorso delle amministrazioni alle predizioni dei big data*, in *Diritto Pubblico*, n. 1/2019, 43 ss. Cfr. A. ZITO, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, spec. 55; M. PIETRANGELO, *Le pubbliche amministrazioni sul web tra comunicazione, consultazione e partecipazione*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA (a cura di), *La tecnificazione*, cit., 103 ss.

¹³ Cons. Stato, sent. n. 7891/2021, cit., che distingue l'algoritmo 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. Cons. Stato Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, ove al par. 8.2, afferma che: “*Non si tratta, infatti, di sperimentare*

Trattasi di un'interpretazione che va ad estendere a qualsiasi procedimento – anche d'ufficio, a contenuto positivo o negativo per l'eventuale istante – l'obbligo della comunicazione del preavviso di provvedimento riferendolo a tutti gli interessati (art. 7 e 9, l. n. 241 del 1990, cit.), con ciò mantenendo un monitoraggio umano che appare indispensabile alle prime utilizzazioni dell'algoritmo (art. 10-*bis*, l. n. 241 del 1990, cit.; art. 22 del GDPR)¹⁴ al fine di individuare i casi di maggiore efficacia rispetto a quelli in cui appare ancora largamente consigliabile attendere. Una sperimentazione che consente di correggere o di comprovare, che quella soluzione data dall'algoritmo è accettabile¹⁵.

2. *L'algoritmo e il necessario intervento umano*

Si assume così l'intermediazione umana¹⁶ come necessaria all'uso dell'algoritmo nelle decisioni dell'amministrazione e della giurisdizione, raccogliendo l'invito del Presidente¹⁷ a procedere – seppure con le cautele tecniche e giuridiche che appaiono indispensabili – in tal modo sperimentale per il tempo che riteniamo necessario, assecondando logiche che sono di accompagnamento all'accettazione dell'innovazione tecnologica.

La suggestione è che questa fase sperimentale debba essere anzitutto del procedimento amministrativo, poi portata al primo grado del giudizio, via via al secondo grado e infine all'Adunanza plenaria, che vedrà

forme diverse di esternazione della volontà dell'amministrazione, come nel caso dell'atto amministrativo informatico, ovvero di individuare nuovi metodi di comunicazione tra amministrazione e privati, come nel caso della partecipazione dei cittadini alle decisioni amministrative attraverso social network o piattaforme digitali, ovvero di ragionare sulle modalità di scambio dei dati tra le pubbliche amministrazioni. Nel caso dell'utilizzo di tali strumenti digitali, come avvenuto nella fattispecie oggetto della presente controversia, ci si trova dinanzi ad una situazione che, in sede dottrina, è stata efficacemente qualificata con l'espressione di rivoluzione 4.0 la quale, riferita all'amministrazione pubblica e alla sua attività, descrive la possibilità che il procedimento di formazione della decisione amministrativa sia affidato a un software, nel quale vengono immessi una serie di dati così da giungere, attraverso l'automazione della procedura, alla decisione finale."

¹⁴ Art. 22, Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, *Regolamento generale sulla protezione dei dati*; cfr. A. SIMONCINI, *Amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale*, in R. CAVALLO PERIN, D.-U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, cit., spec. 26 ss.

¹⁵ R. CAVALLO PERIN, *Dalle riforme astratte dell'amministrazione pubblica alla necessità di amministrare le riforme*, in *Diritto Pubblico*, n. 1/2021, 80; M.C. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'Amministrazione nella società dell'algoritmo*, in *federalismi.it*, 2019.

¹⁶ G.M. ESPOSITO, *Al confine tra algoritmo e discrezionalità. Il pilota automatico tra procedimento e processo*, in *Dir. e proc. amm.*, n. 1/2019, 39 ss.

¹⁷ Si veda: F. FRATTINI, in questo Volume.

rafforzato il ruolo di indirizzo dell'intero sistema della giustizia amministrativa, proprio per temperare un carattere essenzialmente conservativo dell'algoritmo.

L'algoritmo – per la strutturazione sopra descritta – è essenzialmente conservativo, perché pesca dal passato, cercando di riprodurre la decisione data dai precedenti, sicché all'intermediazione umana di monitoraggio spetta non solo di continuare a monitorare l'algoritmo, ma anche di avere attenzione per i casi in cui occorre innovare, producendo quel *revirement* del precedente indirizzo della giurisprudenza che appare necessario, che è prerogativa istituzionale confermare in sede di plenaria del Consiglio di Stato, per casi o epoche in cui si ritiene necessario addirittura ribaltare l'indirizzo giurisprudenziale precedente¹⁸.

L'umana attenzione è così distolta dalla *routine* potendo così venire concentrata su punti importanti dell'operare della formula algoritmica, che va monitorata, affinata, innovata dall'intelligenza umana, con un effetto di sistema non trascurabile¹⁹.

Grazie alla potenza dell'algoritmo, l'attenzione del giudice amministrativo torna ad essere sistemica in un duplice significato che riafferma quella rilevanza costituzionale della giurisdizione amministrativa e in particolare del Consiglio di Stato che ha avuto per ruolo costituzionale e per un limitato numero di decisioni nei primi anni di operatività della giustizia amministrativa²⁰.

¹⁸ Si veda: M. LIPARI, in questo Volume. F. VALENTINI, *Prospective overruling, tra tutela del privato e certezza del diritto*, in sito giustizia-amministrativa.it, 2022; F. CAPORALE, *Funzione nomofilattica e vincolo del precedente nella giustizia amministrativa*, in *Giornale diritto amministrativo*, n. 5/2018, 629 ss.; V. DOMENICHELLI, *Il ruolo normativo del giudice nella formazione e nello sviluppo del diritto amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, n. 2/2016, 375 ss.; E. FOLLIERI, *Lo "stare decisis" nel processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, n. 1/2015, 17 ss.; A. MALTONI, *Il "vincolo" al precedente dell'adunanza plenaria ex art. 99, comma 3 c.p.a. e il rispetto dei principi costituzionali*, in *Foro amm.*, n. 1/2015, 137 ss.; M. BRANCA, *La nomofilachia nella giurisdizione amministrativa*, in federalismi.it, 2009; F. BENVENUTI, *Caso e incertezza del diritto*, in *Scritti giuridici*, vol. V, Vita e Pensiero, Milano, 2006, 424 ss.; E. FOLLIERI, *Correttezza (Richtigkeit) e legittimazione del diritto giurisprudenziale al tempo della vincolatività del precedente*, in *Dir. amm.*, n. 1-2/2014, 265; G. GARDINI, *Rinvio pregiudiziale, disapplicazione, interpretazione conforme: i deboli anticorpi europei e la "forza sovrana" dell'atto amministrativo inoppugnabile*, in *Dir. amm.*, n. 1/2014, spec. 234.

¹⁹ S. CIVITARESE MATTEUCCI, «Umano troppo umano». *Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Diritto Pubblico*, n. 1/2019, 5 ss., spec. 11 e 22; I.M. DELGADO, *Automazione, intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: vecchie categorie concettuali per nuovi problemi?*, cit., 643 ss. Si veda anche: M. LIPARI, in questo Volume.

²⁰ G. MELIS, *Origine e storia del Consiglio di Stato*, in G. PALEOLOGO (a cura di), *Il Consiglio di Stato di Francia e d'Italia*, Giuffrè, Milano, 1998; A. PAJNO, *Le norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 419 ss.

Con l'algoritmo si ritorna alla decisione del giudice amministrativo di carattere sistemico: anzitutto perché la decisione del singolo caso si rapporta, è decisa da ogni altra che la precede poiché è infatti confermativa, correttiva, o innovativa dei precedenti.

La singola decisione si rapporta inevitabilmente – si suole dire meccanicamente – ad ogni altra per l'incidenza che la stessa assume nel processo decisionale algoritmico, per l'essenziale ragione che ad essa come ad ogni altra decisione sono assegnati determinati pesi nell'algoritmo.

Il secondo effetto di sistema è che tale modo di operare dell'algoritmo rivaluta inevitabilmente una giustizia amministrativa in senso oggettivo, più vicina al suo ruolo originario di un giudice di rilevanza costituzionale²¹, poiché con l'algoritmo è chiaro che non si decide solo avendo attenzione a quel singolo caso, ma considerando il funzionamento di una corretta amministrazione, intesa come funzione amministrativa che è parte essenziale di un unitario sistema costituzionale²².

3. *Un'intelligenza artificiale per una buona amministrazione*

Da anni si parla di digitalizzazione, sicché resta il dubbio che tutto ciò non si verifichi nei prossimi mesi, ma si è detto che altro tempo risulta addirittura necessario alla sperimentazione, affinché l'introduzione di questa nuova tecnologia nella pubblica amministrazione sia accolta da un autorevole diritto amministrativo, ora come un tempo pronto a fronteggiare l'innovazione istituzionale, contribuendo a definirla dall'interno come cultura peculiare dell'amministrare pubblico²³. Un diritto amministrativo capace di restituire alla Repubblica italiana un'amministrazione pubblica che oggi più che mai può essere intesa secondo la nostra Costi-

²¹ E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, n. 2/2020, 27 ss.; M. CLÉMENT, *Algorithmes au service du juge administratif: peut-on en rester maître?*, in *Actualité Juridique Droit Administratif*, 2017, 2453.

²² F. CORTESE, *Costituzione e nuovi principi del diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, n. 2/2020, 329 ss.; D. SORACE, *L'epistemologia del diritto pubblico e il diritto amministrativo della costituzione nel pensiero di Andrea Orsi Battaglini*, in *Diritto Pubblico*, n. 1/2006, 9; G. CORSO, *La Costituzione italiana negli studi di diritto amministrativo*, in *Riv. dir. cost.*, 1999, 120.

²³ F.A. ROVERSI MONACO, *Prefazione*, in M. CAMMELLI, M.P. GUERRA (a cura di), *Informazione e funzione amministrativa*, Maggioli, Bologna, 1997, 13 ss., sulla "importanza crescente che la qualità dell'infrastruttura informativa riveste ai fini del recupero di efficienza, imparzialità e democraticità dell'amministrazione". Sulle potenzialità derivanti dall'utilizzo delle tecnologie di informazione, si veda anche U. FANTIGROSSI, *I dati pubblici tra Stato e mercato*, in *Amministrare*, 2007, 291.

tuzione: come una buona amministrazione (art. 41 CEDU, art. 97 Cost.), capace di intendere, di definire standard d'azione sistemici con cui prontamente decidere, tenendo conto della complessità in cui ormai ogni comportamento umano va ad incastonarsi, cogliendo ciò che ad occhio nudo ci appare un fatto del tutto singolare²⁴.

L'intelligenza artificiale consente di riportare alla mente umana la possibilità di assumere decisioni che tengano conto di tale complessità, restituendo all'amministrazione non meno che alla giurisdizione, attraverso l'uso degli algoritmi di *machine learning*, reti neurali, o *deep learning*, quell'autorevolezza che in ogni epoca è indispensabile per essere effettive per sé e per l'intero ordinamento della Repubblica italiana.

4. *L'interpretazione e i rinnovati grands arrêts*

Un altro tema importante è quello dell'innovazione procedimentale, che le riforme degli anni '90 hanno cercato di attuare con le norme sulla semplificazione amministrativa (art. 14 e s. l. 241 del 1990, cit.)²⁵, ma che con l'intelligenza artificiale assumono un significato particolare.

I recenti progressi sull'intelligenza artificiale sono dovuti a quel filone di ricerca che non ha più cercato di riprodurre il funzionamento del cervello umano, ma unicamente di pervenire ad uguali risultati seppure attraverso processi tutt'affatto differenti, non diversamente da una lava-

²⁴ D.-U. GALETTA, *Transizione digitale e diritto ad una buona amministrazione: fra prospettive aperte per le Pubbliche Amministrazioni dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e problemi ancora da affrontare*, in *federalismi.it*, n. 7/2022, 103-125; ID., *Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione*, in *CERIDAP*, n. 3/2021. Si veda COMMISSIONE UE, 2021 *Report on the Application of the EU Charter of Fundamental Rights 'Protecting Fundamental Rights in the Digital Age'*, COM(2021) 819 final, Brussels, 2021; R. CAVALLO PERIN, *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e l'integrazione europea*, in L. FERRARA, D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa europea*, cit., 23; M. TRIMARCHI, *L'art. 41 della Carta europea dei diritti fondamentali e la disciplina dell'attività amministrativa in Italia*, in *Dir. amm.*, n. 3/2011, 537 ss.

²⁵ M. CLARICH, *Riforme amministrative e sviluppo economico*, in *Riv. trim. dir. pub.*, n. 1/2020, 159 ss.; P. MARZARO, *Semplificazione, coordinamento degli interessi pubblici e leale collaborazione come canone di legittimità dell'azione amministrativa*, in *Diritto e Società*, n. 3/2019, 501 ss.; F. MERLONI, *Costituzione repubblicana, riforme amministrative e riforme del sistema amministrativo*, in *Diritto Pubblico*, n. 1/2018, 81 ss.; A. TRAVI, *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, in *Giust. amm.*, n. 5/2016; B. G. MATTARELLA, *Il procedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, V ed., Giuffrè, Milano, 2015, 314, che afferma tra il resto che "la strategia di semplificazione si concentra su misure amministrative (come la digitalizzazione dei procedimenti amministrativi...)".

trice o da una lavastoviglie che non hanno riprodotto un braccio meccanico per pulire i panni o i piatti²⁶.

Analogamente il procedimento digitale con *machine learning* o *deep learning* ben potrebbe differire da quello cartaceo cui siamo abituati e di questo mi pare debba tenere conto il nuovo decreto legislativo sui contratti pubblici, disciplinando quanto è a tal fine necessario²⁷, direttamente o con rinvio a norme regolamentari, rispettando le riserve di legge relative per quanto attiene all'esercizio d'impresa (art. 41, Cost.)²⁸ o ai connessi profili di proprietà industriali (art. 42, Cost.)²⁹.

Certo non si può pretendere che il legislatore sappia anticipare una rivoluzione tecnologica che per la pubblica amministrazione è ancora tutta da progettare e sperimentare, neppure quello delegato che può dirsi largamente provveduto dall'ausilio del Consiglio di Stato e dei componenti della prossima commissione di lavoro.

Il legislatore tuttavia può sino ad un certo punto e il prof. Cerulli Irelli ci ha correttamente ricordato che già nella legge di delegazione sono molte ed importanti le lacune³⁰.

La questione è ben nota sia nelle premesse sia nelle conclusioni, poiché in ogni riforma le vie percorribili sono sempre state quelle di una riscrittura delle norme – anche delegate – in ragione di un'esperienza attuativa, oppure la rilettura delle stesse è inevitabilmente ricaduta sull'interpretazione giurisprudenziale e dottrinale, che superando ove necessario

²⁶ L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, cit.

²⁷ A. MASSERA, F. MERLONI, *L'eterno cantiere del Codice dei contratti pubblici*, in *Diritto Pubblico*, n. 2/2021, 587 ss.; G.M. RACCA, *La digitalizzazione necessaria dei contratti pubblici: per un'Amazon pubblica*, in *DPCE online*, 45, n. 4/2021, 4669. Si veda anche art. 1, c. 4 e 5, d.d.l. 2330-A, *Delega al Governo in materia di contratti pubblici*, approvato dal Senato il 9 marzo 2022.

²⁸ F. DE CAROLIS, A. HEIMLER, *I contratti pubblici: derogare alle regole o insegnarne il rispetto?*, in *Mercato concorrenza regole*, n. 2/2021, 367 ss.; A. IANNOTTI DELLA VALLE, *La tutela della concorrenza ai tempi di Google Android tra fondamenti costituzionali e analisi tecnologica*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 2/2021, 283 ss.; A.M. GAMBINO, M. MANZI, *Intelligenza artificiale e tutela della concorrenza*, in *Giur. it.*, n. 7/2019, 1744 ss.; G.M. RACCA, R. CAVALLO PERIN, G.L. ALBANO, *Competition in the execution phase of public procurement*, in *Public Contract Law Journal*, vol. 41, n. 1/2011, 89.

²⁹ N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Bari, 1998; Cons. Stato, Sez. VI, 2 gennaio 2020, n. 30, in cui si è riconosciuta la posizione di controinteressato alla *software-house* titolare dei codici sorgente di un algoritmo utilizzato all'interno di una procedura consuale per tutelare segreti tecnici e commerciali rispetto ad una richiesta di accesso, per poter dimostrare il malfunzionamento dell'algoritmo, effettuato anche *ex art. 5-bis*, d.lgs. n. 33 del 2013, attribuendo ampio significato alla nozione di "riservatezza" (art. 22, c. 1, lett. c), l. 241/90, cit.).

³⁰ Si veda: V. CERULLI IRELLI, in questo Volume.

il tenore letterale sia capace con intelligenza del caso concreto di offrire tutela all'individuo e agli interessi pubblici affidati dalla Costituzione alla cura dell'amministrazione pubblica (art. 114 e 118, co. 1°, Cost.)³¹.

Dopo anni di interventi del legislatore credo che sia venuto il momento dell'interpretazione³², recuperando una grande tradizione che ci ha preceduto³³, sia come accademia, sia come giudici, che insieme hanno retto le sorti del diritto amministrativo in Italia³⁴.

Dopo 30 anni di riforme legislative credo che sia venuto il tempo di procedere a riformare l'amministrazione pubblica per via interpretativa, cercando perciò dall'interno di restituire alla stessa quel buon andamento e imparzialità che è richiesto dalla nostra Costituzione in ogni tempo³⁵.

³¹ D. MARONGIU, *L'intelligenza artificiale "istituzionale": limiti (attuali) e potenzialità*, in *European Review of Digital Administration & Law*, 2020, 37 ss.; G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Politica del diritto*, n. 2/2019, 199 ss.

³² Sull'importanza dell'interpretazione del diritto europeo per l'effettività e la fiducia dei cittadini, si vedano: K. LENAERTS, *Proportionality as a matrix principle promoting the effectiveness of EU law and the legitimacy of EU action*, nonché C. LAGARDE, *Introductory Remarks* e D.-U. GALETTA, *Symposium on Proportionality*, nell'ambito del *Convegno ECB Legal Conference 2021, Continuity and change - how the challenges of today prepare the ground for tomorrow*, 25 novembre 2021. Sul tema, si rinvia a: R. CAVALLO PERIN, *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e l'integrazione europea*, cit., già in *L'Organizzazione delle pubbliche amministrazioni nel processo d'integrazione dello Stato nazionale italiano e dell'Unione Europea*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 44/2016, 997-1033. Si vedano anche F. MINAZZI, *Il principio dell'open data by default nel codice dell'amministrazione digitale: profili interpretativi e questioni metodologiche*, in *federalismi.it*, 2013; L. FERRAJOLI, *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. III, *Sintassi del diritto*, Laterza, Bari, 2007; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, 9 ss. Cfr. anche *ACA-Europe Seminar Law, Courts and guidelines for the public administration, Fiesole, Italy, General Report by the Italian Presidency of ACA-Europe*, 4-5 ottobre 2021, 7.

³³ Per un'interpretazione antiletterale si veda: Cons. Stato, Sez. V, 20 novembre 2013, n. 5465, ove il Collegio ancora afferma che: "[...] il bando non esprime affatto una volontà univoca di derogare alla regola generale secondo la quale la tempestiva spedizione della raccomandata comporta il rispetto del termine. La frase "devono avere presentato" significa che entro la data stabilita i candidati devono avere completato le formalità di presentazione della domanda di partecipazione al concorso, ma non significa affatto che queste comprendano la ricezione delle stesse da parte dell'Amministrazione".

³⁴ R. CAVALLO PERIN, *Dalle riforme astratte dell'amministrazione pubblica alla necessità di amministrare le riforme*, cit., 73 ss.; S. CASSESE, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica?*, *Riv. trim. dir. pub.*, 2019; 1 ss.; A. PAJINO, *Crisi dell'amministrazione e riforme amministrative*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, n. 3-4/2017, 549 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *"Élite" politiche e amministrative tra crisi della democrazia e riforme dell'amministrazione*, in *federalismi.it*, 2017; F. TIGANO, *Democrazia pluralista, principio di autonomia e riforme amministrative*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2017.

³⁵ G. ORSONI, E. D'ORLANDO, *Nuove prospettive dell'amministrazione digitale: Open Data e algoritmi*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 3/2019, 600 ss.; J.-B. AUBY, *Il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali*, cit., 619 ss.

Alcuni hanno ricordato opportunamente i ripetuti e sempre falliti tentativi del legislatore di procedere alla riduzione delle stazioni appaltanti per dimostrata inadeguatezza delle medesime³⁶. Non possiamo dimenticare che è la stessa Costituzione a indicare l'adeguatezza tra i parametri di costituzionalità dell'attribuzione delle funzioni amministrative fra comuni, province, città metropolitane, regioni e governo della Repubblica italiana (art. 118, co. 1°, Cost.)³⁷.

Appalti e concessioni rientrano nella sfera di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, che conosce perciò non solo del vizio di incompetenza (annullabilità) ma anche di nullità dell'atto amministrativo per difetto di attribuzione che è rilevabile d'ufficio, con possibilità di sanzionare quei casi in cui l'incapacità di gestione dell'amministrazione abbia raggiunto livelli intollerabili³⁸. Certo casi limite, ma che servono a dare un concreto indirizzo a quelli successivi, intervenendo laddove il legislatore non ha potuto o voluto.

Nei contratti pubblici non si tratta quasi mai di scelte politiche, bensì di soluzioni sistemiche, di rilievo costituzionale, spesso a rilevanza tecnico-organizzativa, su cui da oltre cento anni riflette il diritto amministrativo ma rende giustizia il Consiglio di Stato.

Da ciò la legittimazione all'interpretazione: sia di quella scienza che conosce da tempo la materia per averla seguita nel suo andamento sia di coloro che sono nelle istituzioni, le conoscono dall'interno, perché dalle stesse sono nate, discostandosene istituzionalmente nel tempo per tutt'altre ragioni.

Interpretazione che certo va oltre l'*analogia legis* e accede – come è noto – ai principi come fattore ordinante in questo caso di un settore del

³⁶ Si veda: V. CERULLI IRELLI, in questo Volume. Già E. FOLLIERI, *La tutela nei contratti della pubblica amministrazione nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/1999, 295 ss.

³⁷ G.M. RACCA, S. PONZIO, *La scelta del contraente come funzione pubblica: in modelli organizzativi per l'aggregazione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, n. 1/2019, 33 ss.; F. MERLONI, *Costituzione repubblicana, riforme amministrative e riforme del sistema amministrativo*, cit., 89; F. DE LEONARDIS, *I principi generali dell'azione amministrativa*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, cit., 59; G.M. RACCA, R. CAVALLO PERIN, *Corruption as a violation of fundamental rights: reputation risk as a deterrent against the lack of loyalty*, in G.M. RACCA, C.R. YUKINS (a cura di), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, Bruylant, Bruxelles, 2014, 23 ss.

³⁸ R. CAVALLO PERIN, *La capacità tecnico professionale degli enti pubblici tra principio di adeguatezza e differenziazione*, in S. TORRICELLI, *Ragionando di diritto delle pubbliche amministrazioni*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, 270; ID., *La validità dell'atto amministrativo tra legge, principi e pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, n. 4/2017, 837 ss.

diritto amministrativo, poiché da tempo tale funzione è assegnata alla interpretazione sistematica, così come ci è rivelata dalla dottrina o dalle interpretazioni che dal caso concreto traggono i principi, che sono tali perché riconducono ad unità ogni altra norma di dettaglio presa in considerazione³⁹.

Tale potere interpretativo ordinante – per ragioni storico istituzionali che non è qui tempo di ricordare e che ora sono principi del nostro ordinamento costituzionale – è dato su tutte le norme, soprattutto a partire da quelle legislative che sono costitutive dell'ordinamento, ogni qualvolta il legislatore non si è in punto manifestato espressamente, enunciando principi scritti, lasciando perciò all'interprete il compito di enunciare ciò che dei principi il legislatore non ha esplicitato⁴⁰.

Il limite di tale potere è noto ed è enunciato nella preferenza del nostro ordinamento per la legge come fonte del diritto (art. 70, 101, Cost.) sicché è noto che la questione è stata da tempo risolta nel senso che il legislatore può sempre avere l'ultima parola, sia per i casi a venire, sia con leggi retroattive⁴¹.

³⁹ Art. 12, preleggi. Per tutti: A. MASSERA, *I principi generali*, in *Dir. amm.*, n. 3/2017, 427 ss.; G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, *I principi dell'azione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2010, spec. 51 s.; R. CAVALLO PERIN, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno e ordinamento europeo*, in *Dir. amm.*, n. 1/2000, 41 ss.; ID., *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Giuffrè, Milano, 1990, 17 e 91 ss.; C. PINELLI, *Principi, regole, istituti*, in *Diritto Pubblico*, n. 1/2015, 35 ss.; M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto*, in M. RENNA, F. SAIITA (a cura di), *Studi sui principi di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, 3 ss.; G.P. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2010, 103 ss. Di recente, P. PICOZZA, *Politica, diritto amministrativo and Artificial Intelligence*, in *Giur. it.*, n. 7/2019, 1771 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Il significato formale dell'ideale del «governo delle leggi» (rule of law)*, in *Dir. amm.*, n. 1/2011, 29 ss. Cfr. anche COMMISSIONE UE - DG Justice and Consumers, *2021 Rule of Law Report*, COM(2021) 700, Brussels, 2021.

⁴⁰ P. PINNA, voce *Crisi costituzionali*, in *Digesto (disc. pubbl.)*, vol. IV, UTET, Torino, 1989, 480 ss.; P. PIOVANI, voce *Effettività (principio di)*, in *Enc. dir.*, XIV, Giuffrè, Milano, 1965, 420 ss.; ID., *Il significato del principio di effettività*, Giuffrè, Milano, 1953; S. ROMANO, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, AGOP, LXVIII, Modena, 1902, poi in *Scritti minori, I (Diritto costituzionale)*, Giuffrè, Milano, 1950.

⁴¹ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1917 (ma 1918), rist. in A. ROMANO (a cura di), *L'ultimo Santi Romano*, Giuffrè, Milano, 2016; A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Giuffrè, Milano, 1975, 203 ss., ed ivi riferimenti alla teoria della relatività delle posizioni soggettive di G. Miele; R. CAVALLO PERIN, *Ordinamenti giuridici paralleli e necessità come fonte del diritto*, in R. CAVALLO PERIN, G. COLOMBINI, F. MERUSI, A. ROMANO, *Attualità e necessità del pensiero di Santi Romano Pisa 14-15 giugno 2018*, Editore Scientifica, Napoli, 2019, 45; A. ROMANO, "L'ordinamento giuridico" di Santi Romano, *il diritto dei privati e il diritto dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, n. 2/2011, 241 ss.

Entro tali limiti si sono affermati i principi del diritto amministrativo e quelli che vi pertengono per ciascun settore come l'urbanistica, gli enti locali, non ultimo quello degli appalti, in ordine ai quali non poche sono state le trattazioni scientifiche non meno che le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte costituzionale che ne hanno accompagnato ogni qual volta l'evoluzione⁴², anticipando scelte che il legislatore non sapeva o non riusciva ad assumere, riportando all'attualità le epoche in cui dottrina e giurisprudenza hanno di conserva favorito scelte la cui responsabilità è stata formalmente assunta dalle Corti, che perciò sono state ricordate come epoche dei *grands arrêts*, per alcuni grandi pronunciamenti che le hanno contraddistinte.

⁴²D.-U. GALETTA, J.G. CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *federalismi.it*, 2019; F. PATRONI GRIFFI, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, in sito *giustizia-amministrativa.it*, 2018.

JEAN-BERNARD AUBY

CONCLUSIONI

SOMMARIO: 1. Definizione del problema. – 2. Il contratto pubblico come generatore di innovazione: l'innovazione attraverso gli appalti pubblici. – 3. L'innovazione nei meccanismi contrattuali: l'innovazione nel quadro giuridico degli appalti pubblici. – 4. Il contributo dell'innovazione attraverso e nei contratti pubblici all'innovazione economica, tecnologica e sociale generale. – 5. Da un punto di vista giuridico, in cosa consiste fondamentalmente l'innovazione nei e attraverso i contratti pubblici?

1. *Definizione del problema*

Vorrei proporre alcune brevissime riflessioni generali sul tema dei contratti pubblici e innovazioni. Anche se siamo giuristi, sappiamo l'importanza dell'innovazione nello sviluppo economico, che è stata dimostrata da Joseph Schumpeter già negli anni '20. Le società di oggi sono profondamente influenzate dall'innovazione, non solo tecnologica, ma anche sociale ed ecologica¹.

Siamo anche convinti che ci sia innovazione nel e attraverso il diritto. Il diritto reagisce all'innovazione economica, tecnologica e sociale, ma fornisce anche il proprio contributo². Questo è ciò che accade nel campo specifico dei contratti pubblici, dove si possono osservare due fenomeni correlati: l'innovazione attraverso gli appalti pubblici e l'innovazione nel quadro giuridico degli appalti pubblici.

2. *Il contratto pubblico come generatore di innovazione: l'innovazione attraverso gli appalti pubblici*

I contratti pubblici, a volte, sono strumenti creatori di innovazioni³. Questo si fa direttamente o indirettamente: direttamente, quando soddi-

¹ A. ARMANDY, M. RIVAL, *Innovation publique et nouvelles formes de management public*, La Documentation Française, Parigi, 2021.

² J.-B. AUBY, *Innovation, légalité et management public*, in *Politiques et management public*, n. 4/1993, 3 ss.

³ O. KUNDU, A. JAMES, J. RIGBY, *Public Procurement and innovation: a systematic litera-*

sfare i bisogni delle amministrazioni richiede un'innovazione o anche quando l'amministrazione ordina espressamente e volontariamente un nuovo tipo di servizio che richiede innovazione⁴. I contratti pubblici creano innovazioni anche indirettamente perché la natura del servizio commissionato a volte incoraggia le imprese candidate a proporre delle soluzioni innovative⁵.

3. *L'innovazione nei meccanismi contrattuali: l'innovazione nel quadro giuridico degli appalti pubblici*

C'è un secondo aspetto che coincide con l'innovazione nei meccanismi contrattuali, nel quadro giuridico degli appalti pubblici⁶. Si tratta, principalmente, dell'innovazione nella formazione dei contratti: in altre parole, stiamo parlando della digitalizzazione, degli acquisti congiunti – compresi quelli transfrontalieri – e delle procedure innovative di selezione delle imprese⁷. La possibilità di innovazione su questi diversi punti è stata al centro della discussione. Però, sta diventando gradualmente chiaro che ci sono anche opportunità di innovazione nell'esecuzione dei

ture review, in *Science and Public Policy*, 47(4), 2020, 490-502; G.F. LICATA, *Contratti pubblici e innovazione*, Convegno Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo, 2019, *Paper.pdf* (aipda.it).

⁴ G.M. RACCA, *La contrattazione pubblica come strumento di politica industriale*, in C. MARZUOLI, S. TORRICELLI (a cura di), *La dimensione sociale della contrattazione pubblica. Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, 192 ss.; G.M. RACCA, S. PONZIO, *Nuovi modelli organizzativi per il «joint procurement» e l'innovazione dei contratti pubblici in Europa*, in R. F. ACEVEDO, P. VALCARCEL FERNANDEZ ((a cura di), *Compra Pública Agregada*, Thomson Reuter, Spagna, 2016, 376 ss.

⁵ Cfr. COMMISSIONE UE, *Comunicazione della Commissione Orientamenti in materia di appalti per l'innovazione*; 15 maggio 2018, 15.5.2018 C(2018) 3051 final; P. VALCARCEL FERNANDEZ, *The Relevance of Promoting Collaborative and Joint Cross Border Procurement for Buying Innovative Solutions*, in G.M. RACCA, C.R. YUKINS, (a cura di), *Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders*, in *Droit Administratif / Administrative Law Collection* (Dir. by J.-B. AUBY), no. 27, Bruxelles, Bruylant, 2019, 113 ss.

⁶ Si vedano: G.M. RACCA e V. CERULLI IRELLI, in questo Volume.

⁷ Cfr. G.M. RACCA, *Principles of joint cross-border public contracts and transnational effects*, in S. DE LA ROSA, P. VALCARCEL FERNANDEZ, *Les principes des contrats publics en Europe/Principles of public contracts in Europe*, in *Droit Administratif / Administrative Law Collection* (Dir. by J.-B. AUBY), no. 30, Bruylant, Bruxelles, 2022, 555-578; G.M. RACCA, S. PONZIO, *Contrats publics transnationaux: une perspective complexe*, in *Ius Publicum Network Review*, n. 1/2021; G.M. RACCA, *La digitalizzazione necessaria dei contratti pubblici: per un'Amazon pubblica*, in *DPCE online*, 45, n. 4/2021, 4669 ss.; R. CAVALLO PERIN, G.M. RACCA, *European Joint Cross-border Procurement and Innovation*, in G.M. RACCA, C.R. YUKINS (a cura di), *Joint public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders*, cit., 93 ss.; G.M. RACCA, S. PONZIO, *La scelta del contraente come funzione pubblica: in modelli organizzativi per l'aggregazione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, n. 1/2019, 33-82.

contratti, come nel caso di *blockchain*⁸, di contratti intelligenti, di *Building Information Modeling*⁹.

Meno evidente, ma sempre più importante è la possibile innovazione nei meccanismi di controllo non giurisdizionale e di tutela giurisdizionale dei contratti pubblici. Mi riferisco, per esempio, all'uso di algoritmi per la prevenzione della corruzione e all'uso di tecniche di giustizia predittiva¹⁰.

4. *Il contributo dell'innovazione attraverso e nei contratti pubblici all'innovazione economica, tecnologica e sociale generale*

L'innovazione nei contratti pubblici ha da lungo tempo giocato un ruolo chiave nell'innovazione generale (economica, tecnologica e sociale). Un buon esempio è costituito dalle grandi concessioni ferroviarie della fine dell'800 che hanno prodotto innovazione tecnologica ed economica ma anche giuridica molto forte.

In realtà, si può probabilmente ammettere che l'innovazione giuridica nei contratti pubblici è di per sé un contributo all'innovazione generale e al cambiamento delle idee.

Ora, sarebbe opportuno chiederci quale sia la situazione oggi, se nel mondo digitale ai tempi della crisi ci sia un particolare bisogno di innovazione. È difficile rispondere perché viviamo in tempi che hanno sicuramente bisogno di innovazione, ma anche di sicurezza¹¹.

5. *Da un punto di vista giuridico, in cosa consiste fondamentalmente l'innovazione nei e attraverso i contratti pubblici?*

Non possiamo quindi evitare di porci la seguente domanda: da un punto di vista puramente giuridico in cosa consiste fondamentalmente l'innovazione attraverso i contratti pubblici?

⁸ Cfr. R. CHILLY, *Blockchain et commande publique*, in *Revue Contrats et marchés publics*, 2020.

⁹ Si rinvia a: E. QUADRI, F. RISSO e R. CAVALLO PERIN, in questo Volume. Cfr. G.M. RACCA, *La digitalizzazione necessaria dei contratti pubblici: per un'Amazon pubblica*, cit., 4669 ss.; G.M. RACCA, *La digitalizzazione dei contratti pubblici*, in R. CAVALLO PERIN, D.-U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, 2020, 321 ss.; G.M. DI GIUDA, G.M. RACCA, *From Works Contracts to Collaborative Contracts: The Challenges of Building Information Modeling (BIM) in public procurement*, in G.M. RACCA, C.R. YUKINS (a cura di), *Joint Public Procurement and innovation: Lessons Across Borders*, cit., 223 ss.

¹⁰ Cfr. M. LIPARI e R. CAVALLO PERIN, in questo Volume.

¹¹ S. LAIMER, C. PAGLIARIN, C. PERATHONER, *Contratti pubblici e innovazione. Una strategia per far ripartire l'Europa*, Giuffrè, Milano, 2021.

Mi sembra che si debbano considerare tre aspetti: il primo è costituito dal progresso dei meccanismi che tendono a disatomizzare, ad assemblare gli attori, i diritti, forse i dati e forse i linguaggi (specie nel caso dei contratti pubblici transfrontalieri). Ciò si contrappone al tradizionale diritto dei contratti pubblici che tende a compartimentare per garantire la concorrenza.

Un secondo aspetto è costituito dalla creazione frequente di relazioni inter-istituzionali¹².

Il terzo elemento è costituito dal peso della tecnologia digitale con i relativi problemi che si pongono all'azione pubblica in termini di diritto degli algoritmi, dei dati e della protezione della riservatezza¹³.

In ogni caso, è chiaro che di fronte alle sfide dell'innovazione, il diritto dei contratti pubblici che, forse, si pensava si fosse stabilizzato dopo le ultime direttive europee¹⁴, deve essere rinnovato¹⁵.

Sembra evidente che c'è una necessità di un nuovo periodo di innovazione nel diritto dei contratti pubblici per integrare l'innovazione già esistente e sarà interessante vedere come il diritto europeo darà il suo contributo. Ma molto dipenderà dai legislatori e dai giudici amministrativi nazionali. Sembra che i giudici saranno doppiamente chiamati in causa: prima di tutto per progettare i testi (il Consiglio di Stato sarà direttamente coinvolto nella prossima riforma, come il *Conseil d'Etat* francese ricopre sempre un ruolo essenziale nella redazione dei testi sui contratti pubblici) e in secondo luogo, per giudicare e interpretare i testi nuovi¹⁶.

¹² J.B. AUBY, *Foreword*, IX e G.M. RACCA, C.R. YUKINS, *The Promise and Perils of Innovation in Cross-Border Procurement*, 12 ss., entrambi in G.M. RACCA, C.R. YUKINS (a cura di), *Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders*, cit.; R. CAVALLO PERIN, G.M. RACCA, *Administrative Cooperation in the Public Contracts and Service Sectors for the Progress of European Integration*, in F. MERLONI, A. PIOGGIA (a cura di), *European Democratic Institutions and Administrations*, Giappichelli, Torino, 2018, 265 ss.; G.M. RACCA, *Gli accordi fra amministrazioni pubbliche: cooperazioni nazionali ed europee per l'integrazione organizzativa e l'efficienza funzionale*, in *Dir. amm.*, n. 1/2017, 101 ss.

¹³ R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Dir. amm.*, n. 2/2020, 305 ss.

¹⁴ Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione; Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE; Direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE.

¹⁵ M. RODRIGUEZ BEAS, *La innovación en la nueva Directiva de Contratación pública: la asociación para la innovación*, in *Cuadernos de derecho local*, ottobre 2015, 141-161.

¹⁶ Si veda: F. FRATTINI, in questo Volume.

All'interno della rete "*Public contracts in legal globalization*"¹⁷ si è iniziato a discutere di diritto comparato e delle controversie sui contratti pubblici. Non è certamente un argomento facile perché ci sono molte differenze nell'organizzazione del contenzioso, ma è molto interessante perché, in più paesi, il contenzioso dei contratti pubblici si è evoluto molto negli ultimi tempi: questo è certamente il caso della Francia, dove si è assistito ad una vera rivoluzione nel contenzioso dei contratti pubblici. La nostra rete sarebbe lieta di essere coinvolta in qualche studio volto a comparare il diritto italiano e quello francese in tema di contratti pubblici, magari in cooperazione con altri *networks*, primo fra tutti l'ACA-Europe (*Association of the Councils of State and Supreme Administrative Jurisdiction*)¹⁸ presieduto attualmente proprio dal Presidente Frattini, per celebrare anche il recente trattato sulla cooperazione bilaterale rafforzata fra Italia e Francia, siglato al Quirinale lo scorso 26 novembre 2021¹⁹.

¹⁷ Il riferimento è al *network* europeo ed internazionale coordinato dal Prof. J.B. Auby, *Public Contracts in Legal Globalization*.

¹⁸ *Association of the Councils of State and Supreme Administrative Jurisdiction*, ACA-Europe, è un'associazione europea composta dalla Corte di giustizia dell'Unione europea e dai Consigli di Stato e dalle giurisdizioni amministrative supreme di ciascuno degli Stati membri dell'Unione europea. Attualmente il Consiglio di Stato italiano è alla presidenza. Si veda: F. FRATTINI, in questo Volume.

¹⁹ *Trattato tra la Repubblica italiana e la Repubblica francese per una cooperazione bilaterale rafforzata*, 26 novembre 2021, Roma. Nello specifico, art. 4, commi 6 e 9, "Politiche migratorie, giustizia e affari interni", art. 5 "Cooperazione economica, industriale e digitale" e art. 8 "Istruzione e formazione, ricerca e innovazione".

BIBLIOGRAFIA

- G.M. RACCA, C.R. YUKINS (a cura di), *Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders*, in *Droit Administratif / Administrative Law Collection* (Dir. by J.-B. AUBY), no. 27, Bruylant, Bruxelles, 2019.
- G.M. RACCA, C.R. YUKINS (a cura di), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, in *Droit Administratif / Administrative Law Collection* (Dir. by J.-B. Auby), no. 18, Bruylant, Bruxelles, 2014.
- L. FOLLIOU-LALLIOT, S. TORRICELLI (a cura di), *Controles et contentieux des contrats publics/Oversight and challenges of public contracts*, in *Droit Administratif / Administrative Law Collection* (Dir. by J.-B. AUBY), no. 26, Bruylant, Bruxelles, 2018.
- M. AUDIT, S. W. SCHILL (a cura di), *Transnational Law of Public Contracts*, in *Droit Administratif / Administrative Law Collection* (Dir. by J.-B. AUBY), no. 20, Bruylant, Bruxelles, 2016.
- S. DE LA ROSA, P. VALCARCEL FERNANDEZ (a cura di), *Les principes des contrats publics en Europe/ Principles of public contracts in Europe*, in *Droit Administratif / Administrative Law Collection* (Dir. by J.-B. AUBY), no. 30, Bruylant, Bruxelles, 2022.

* * *

- G.L. ALBANO, *Homo homini lupus: on the consequences of buyers miscoordination in emergency procurement for the COVID-19 crisis in Italy*, in *Public Procurement Law Review*, n. 2/2020, 213-219.
- L. AMMANNATI, *I 'signori' nell'era dell'algoritmo*, in *Diritto Pubblico*, n. 2/2021, 381-413.
- A. ARMANDY, M. RIVAL, *Innovation publique et nouvelles formes de management public*, La Documentation Française, Parigi, 2021.
- S. ARROWSMITH, L. RA BUTLER, A. LA CHIMIA, C. YUKINS (eds.), *Public Procurement Regulation in (a) Crisis? Global Lessons from the COVID-19 Pandemic*, Hart Publishing, Londra, 2021.
- K. ASHLEY, *Artificial Intelligence and Legal Analytics: new tools for law pratics in the Digital Age*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.
- J.-B. AUBY, *Il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 3/2019, 619-641.
- J.-B. AUBY, *Public Contracts and Smart Cities*, in G.M. RACCA, C.R. YUKINS (a cura di), *Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders*, in *Droit*

- Administratif / Administrative Law Collection* (Dir. by J.-B. AUBY), no. 27, Bruylant, Bruxelles, 2019, 187-194.
- J.-B. AUBY, *Le droit administratif dans la société du risque : quelques réflexions, Rapport public 2005 : jurisprudence et avis de 2004. Responsabilité et socialisation du risque*, in *La Documentation française*, 2005, 351-357.
- J.-B. AUBY, *Innovation, légalité et management public*, in *Politiques et management public*, 4, 1993, 147-157.
- G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Predeterminazione analisi predittiva e nuove forme di intellegibilità*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019.
- V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1967.
- A.M. BELLENGER, A. BLANDIN, *Le BIM sous l'angle du droit : Pratiques contractuelles et responsabilités*, Eyrolles, Parigi, 2016.
- F. BENVENUTI, *Caso e incertezza del diritto*, in *Scritti giuridici*, vol. V, Vita e Pensiero, Giuffrè, Milano, 2006, 424 ss.
- R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine, una prospettiva quantistica*, Franco Angeli, Milano, 2013.
- A. BOTTO, S. CASTROVINCI ZENNA, *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2020.
- A. BOTTO, S. CASTROVINCI ZENNA, *La blockchain negli appalti pubblici, come utilizzarla: i vantaggi*, in *www.agendadigitale.eu*.
- A. BOTTO, S. CASTROVINCI ZENNA, *Centrali di committenza*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, II, *Soggetti, qualificazione, regole comuni alle procedure di gara*, Giuffrè, Milano, 2019, II, 359 ss.
- M. BRANCA, *La nomofilachia nella giurisdizione amministrativa*, in *federalismi.it*, 2009.
- F. CAPORALE, *Funzione nomofilattica e vincolo del precedente nella giustizia amministrativa*, in *Giornale diritto amministrativo*, n. 5/2018, 629-640.
- F. CARINGELLA, M. GIUSTINIANI, P. MANTINI (a cura di), *I contratti pubblici. Trattato sistematico sulla contrattualistica pubblica*, Dike Giuridica, Roma, 2021.
- E. CARLONI, *Qualità dei dati, big data e amministrazione pubblica*, in R. CAVALLO PERIN (a cura di), *L'amministrazione pubblica con i big data: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale*, Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino, Torino, 2021, 117-130.
- E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, n. 2/2020, 273-304.
- E. CARLONI, *Algoritmi su carta. Politiche di digitalizzazione e trasformazione digitale delle amministrazioni*, in *Diritto Pubblico*, n. 2/2019, 363-392.
- G. CARULLO, *Decisione amministrativa e intelligenza artificiale*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 3/2021, 431-461.
- G. CARULLO, *Dati, banche dati, blockchain e interoperabilità dei sistemi informatici nel settore pubblico*, in R. CAVALLO PERIN, D.-U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, 2020, 191-221.
- G. CARULLO, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2017.

- G. CARULLO, *Big data e pubblica amministrazione nell'era delle banche dati interconnesse*, in *Concorrenza e mercato*, n. 1/2016, 181-204.
- L. CASTELLANI, F. DECAROLIS, G. ROVIGATTI, *Il processo di centralizzazione degli acquisti pubblici*, in *Mercato Concorrenza Regole*, n. 3/2017, 583-624.
- M.C. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'Amministrazione nella società dell'algoritmo*, in *federalismi.it*, 2019.
- R. CAVALLO PERIN (a cura di), *L'amministrazione pubblica con i big data: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale*, Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino, Torino, 2021.
- R. CAVALLO PERIN, *Pubblica amministrazione e data analysis*, in *L'amministrazione pubblica con i big data: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale*, a cura di R. CAVALLO PERIN, Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino, Torino, 2021, 11-18.
- R. CAVALLO PERIN, *Dalle riforme astratte dell'amministrazione pubblica alla necessità di amministrare le riforme*, in *Diritto Pubblico*, n. 1/2021, 73-82.
- R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Dir. amm.*, n. 2/2020, 305-328.
- R. CAVALLO PERIN, *La capacità tecnico professionale degli enti pubblici tra principio di adeguatezza e differenziazione*, in S. TORRICELLI (a cura di), *Ragionando di diritto delle pubbliche amministrazioni*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, 265-270.
- R. CAVALLO PERIN, *Ordinamenti giuridici paralleli e necessità come fonte del diritto*, in R. CAVALLO PERIN, G. COLOMBINI, F. MERUSI, A. ROMANO, *Attualità e necessità del pensiero di Santi Romano Pisa 14-15 giugno 2018*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, 41-45.
- R. CAVALLO PERIN, *La validità dell'atto amministrativo tra legge, principi e pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, n. 4/2017, 837-860.
- R. CAVALLO PERIN, *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e l'integrazione europea*, in L. FERRARA, D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa europea*, vol. I, Firenze University Press, Firenze, 2016, 3-36; già in *L'Organizzazione delle pubbliche amministrazioni nel processo d'integrazione dello Stato nazionale italiano e dell'Unione Europea*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 4/2016, 997-1033.
- R. CAVALLO PERIN, I. ALBERTI, *Atti e procedimenti nativi digitali*, in R. CAVALLO PERIN, D.-U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, 2020, 119-158.
- R. CAVALLO PERIN, D.-U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, 2020.
- R. CAVALLO PERIN, G.M. RACCA, *European Joint Cross-border Procurement and Innovation*, in G.M. RACCA C.R. YUKINS (a cura di), *Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders*, in *Droit Administratif / Administrative Law Collection* (Dir. by J.-B. AUBY), no. 27, Bruylant, Bruxelles, 2019, 93-131.
- R. CAVALLO PERIN, G.M. RACCA, *Smart Cities for an Intelligent Way of Meeting Social Needs*, in J.B. AUBY (dir. da), *Le future du droit administratif. The future of administrative law*, LexisNexis, Parigi, 2019, 431-437.

- R. CAVALLO PERIN, G.M. RACCA, *Administrative Cooperation in the Public Contracts and Service Sectors for the Progress of European Integration*, in F. MERLONI, A. PIOGGIA (a cura di), *European Democratic Institutions and Administrations*, Giappichelli, Torino, 2018, 265-296.
- R. CAVALLO PERIN, G.M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, n. 2/2010, 325-354.
- R. CHILLY, *Blockchain et commande publique*, in *Revue Contrats et marchés publics*, 2020.
- A. CIRIBINI, *BIM e digitalizzazione dell'ambiente costruito*, Grafill, Palermo, 2016.
- R. CHIEPPA, *Consiglio di Stato*, in *Enc. giur.*, VII, Treccani, 1988.
- M.P. CHITI, *Il declino del primato del diritto dell'Unione Europea nella recente giurisprudenza tedesca e francese*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, n. 3-4/2021, 429-441.
- M.P. CHITI, *Principi*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, I, Giuffrè, Milano, 2019.
- M.P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale diritto amministrativo*, n. 4/2016, 436-443.
- M.P. CHITI, *La legittimazione per risultati dell'Unione Europea quale "comunità di diritto amministrativo"*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, n. 2/2016, 397-419.
- M.P. CHITI, *Le modifiche al Codice dei contratti pubblici; un "correttivo scorretto"?*, in *Giornale diritto amministrativo*, n. 4/2017, 453-460.
- M.P. CHITI, *Il decreto "sblocca cantieri": ambizioni e limiti*, in *Giornale diritto amministrativo*, n. 6/2019, 719-724.
- M.P. CHITI, *Evoluzioni dell'economia e riassetto delle giurisdizioni*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, n. 3-4/2015, 713-746.
- F. CINTIOLI, *Per qualche gara in più. Il labirinto degli appalti pubblici e la ripresa economica*, Rubbettino Editore, Catanzaro, 2020.
- S. CIVITARESE MATTEUCCI, «Umano troppo umano». *Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Diritto Pubblico*, n. 1/2019, 5-42.
- S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA, *La tecnificazione*, in L. FERRARA, D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall'Unificazione amministrativa italiana*, vol. IV, Firenze University Press, Firenze, 2016.
- M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, Il Mulino, Bologna, 2021.
- M. CLARICH, *Riforme amministrative e sviluppo economico*, in *Riv. trim. dir. pub.*, n. 1/2020, 159-188.
- M. CLARICH (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, II ed., Giappichelli, Torino, 2019.
- M. CLÉMENT, *Algorithmes au service du juge administratif : peut-on en rester maître?*, in *Actualité Juridique Droit Administratif*, 2017, 2453 ss.
- M. COCCONI, *The trajectory of the circular economy under the European Green New Deal*, in *Ius Publicum Network Review*, n. 2/2020.
- A. CORRADO, *L'accesso civico generalizzato, diritto fondamentale del cittadino, trova applicazione anche per i contratti pubblici: l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato pone fini ai dubbi interpretativi*, in *federalismi.it*, n. 16/2020, 48-78.
- G. CORSO, *La Costituzione italiana negli studi di diritto amministrativo*, in *Riv. dir. cost.*, 1999, 120-146.

- F. CORTESE, *Costituzione e nuovi principi del diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, n. 2/2020, 329-362.
- F. COSTANTINO, *Rischi e opportunità del ricorso delle amministrazioni alle predizioni dei big data*, in *Diritto Pubblico*, n. 1/2019, 43-70.
- F. COSTANTINO, *L'uso della telematica nella pubblica amministrazione*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2016.
- M. COZZIO, *La nuova strategia europea in materia di appalti pubblici*, in *Giornale diritto amministrativo*, n. 1/2019, 53-62.
- S. CRISCI, *Intelligenza artificiale ed etica dell' algoritmo*, in *Foro amm.*, n. 10/2018, 1787-1816.
- S. D'ANCONA, *Contributo allo studio della progettazione in materia di appalti e concessioni. Una prospettiva dalle scienze comportamentali e cognitive*, Giappichelli, Torino, 2021.
- S. D'ANCONA, P. PROVENZANO, *Gli strumenti della Carta della cittadinanza digitale*, in R. CAVALLO PERIN, D.-U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, 2020, 223-246.
- I. D'ELIA, M. PIETRANGELO, *Il Codice dell'Amministrazione digitale nel processo di semplificazione normativa: genesi e criticità*, in *Inf. dir.*, 1-2/2005, 9-30.
- F. DE CAROLIS, A. HEIMLER, *I contratti pubblici: derogare alle regole o insegnarne il rispetto?*, in *Mercato concorrenza regole*, n. 2/2021, 367-384.
- I.M. DELGADO, *Automazione, intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: vecchie categorie concettuali per nuovi problemi?*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 3/2019, 643-662.
- M. DEMICHELIS, *Innovazioni nell'uso degli spazi pubblici post-pandemia: il caso italiano nel contesto europeo*, in *DPCE online*, n. 2/2020, 2463-2487.
- F. DE LEONARDIS, *I principi generali dell'azione amministrativa*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2016, 59 ss.
- F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Giuffrè, Milano, 2005.
- G.M. DI GIUDA, G. PATTINI, *Transizione digitale per l'ambiente costruito*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021.
- G.M. DI GIUDA, G.M. RACCA, *From Works Contracts to Collaborative Contracts: The Challenges of Building Information Modeling (BIM) in public procurement*, in G.M. RACCA, C.R. YUKINS (a cura di), *Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders*, in *Droit Administratif / Administrative Law Collection* (Dir. by J.B. Auby), no. 27, Bruylant, Bruxelles, 2019, 223-271.
- G. DI GIUDA, S. VALAGUZZA, *Gli accordi collaborativi come elemento cruciale per una regolazione strategica nel settore delle costruzioni*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019.
- V. DOMENICHELLI, *Il ruolo normativo del giudice nella formazione e nello sviluppo del diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2016, 375-392.
- L. DONATO (a cura di), *Gli appalti pubblici tra istanze di semplificazione e normativa anticorruzione. Alla ricerca di un equilibrio tra legalità ed efficienza*, *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale* n. 89, Banca d'Italia, Roma, 2020.

- L. DONATO (a cura di), *La riforma delle stazioni appaltanti. Ricerca della qualità e disciplina europea. Quaderni di ricerca giuridica del Consulenza legale della Banca d'Italia*, n. 80, Banca d'Italia, Roma, 2016.
- L. DONATO, M. MARICONDA, M. MIRRONE, *La digitalizzazione possibile degli appalti pubblici. L'analisi della Banca d'Italia per l'Anac sulle prospettive dell'e-procurement*, in *Astrid Rassegna*, n. 8/2020.
- G. DUNI, voce *Amministrazione digitale*, in *Enc. del diritto*, Giuffrè, Milano, 2007.
- C. EASTMAN, P. TEICHOLZ, R. SACKS, K. LISTON, edizione italiana a cura di G.M. DI GIUDA, V. VILLA, *Il BIM. Guida completa al building information modeling*, Hoepli, Milano, 2016.
- G.M. ESPOSITO, *Al confine tra algoritmo e discrezionalità. Il pilota automatico tra procedimento e processo*, in *Dir. e proc. amm.*, n. 1/2019, 39-68.
- U. FANTIGROSSI, *I dati pubblici tra Stato e mercato*, in *Amministrare*, 2007.
- L. FERRAJOLI, *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. III, Sintassi del diritto, Laterza, Bari, 2007.
- R. FERRARA, *L'ordinamento della Sanità*, Giappichelli, Torino, 2020.
- G. FERRARI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici annotato con dottrina, giurisprudenza, Linee guida e delibere Anac*, Nel Diritto, Roma, 2022.
- L. FIORENTINO, *Le centrali di committenza e la qualificazione delle stazioni appaltanti*, in *Giornale diritto amministrativo*, n. 4/2016, 443-451.
- L. FIORENTINO, *Lo stato compratore. L'acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*, Il Mulino, Bologna, 2007.
- L. FIORENTINO, A. LA CHIMIA (a cura di), *Il procurement delle pubbliche amministrazioni. Tra innovazione e sostenibilità*, Quaderni Astrid, Il Mulino, Bologna, 2021.
- L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Raffaello Cortina, Milano, 2017.
- S. FOÀ, *La trasparenza amministrativa e i suoi limiti*, in C. BERTOLINO, T. CERRUTI, M. OROFINO, A. POGGI, *Scritti in onore di Franco Pizzetti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, 497-525.
- S. FOÀ, M. CALDERARO, *Responsabilità precontrattuale della P.a. tra correttezza e autodeterminazione negoziale*, in *Resp. civ. e prev.*, n. 5/2018, 1598-1613.
- E. FOLLIERI, *La tutela nei contratti della pubblica amministrazione nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/1999, 295-322.
- L. FOLLIOT LALLIOT, C.R. YUKINS, *COVID19: Lessons learned in public procurement. Time for a new normal?*, in *Concurrences*, 3, 2020.
- N. GABAYET, *National and international reports - Rapports nationaux et internationaux. France*, in S. DE LA ROSA, P. VALCARCEL FERNANDEZ (a cura di), *Les principes des contrats publics en Europe/ Principles of public contracts in Europe*, in *Droit Administratif / Administrative Law Collection* (Dir. by J.-B. Auby), no. 30, Bruylant, Bruxelles, 2022, 239-260.
- E. GABELLINI, *Algoritmi decisionali e processo civile: limiti e prospettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 1/2022, 59-93.
- F. GAFFURI, *Il processo amministrativo telematico*, in R. CAVALLO PERIN, D.-U. GALLETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, 2020, 344 ss.

- D.-U. GALETTA, *Transizione digitale e diritto ad una buona amministrazione: fra prospettive aperte per le Pubbliche Amministrazioni dal PNRR e problemi ancora da affrontare*, in *federalismi.it*, n. 7/2022, 103-125.
- D.-U. GALETTA, *Open-Government, open-data e Azione Amministrativa*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 3/2019, 663-683.
- D.-U. GALETTA, J.G. CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *federalismi.it*, 2019.
- D.-U. GALETTA, *Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione*, in R. CAVALLLO PERIN, D.-U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, 2020, 857.
- A.M. GAMBINO, M. MANZI, *Intelligenza artificiale e tutela della concorrenza*, in *Giur. it.*, n. 7/2019, 1744-1748.
- G. GARDINI, *Rinvio pregiudiziale, disapplicazione, interpretazione conforme: i deboli anticorpi europei e la "forza sovrana" dell'atto amministrativo inoppugnabile*, in *Dir. amm.*, n. 1-2/2014, 217-264.
- R. GAROFOLI, G.M. RACCA, M. DE PALMA, *La responsabilità della pubblica amministrazione e il risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003.
- A. GIACHI (a cura di), *Dalla centrale di committenza alla centrale di competenza: la fattibilità di un modello di qualificazione delle stazioni appaltanti basato sulle categorie di acquisto. Utopia o alternativa possibile per la gestione della spesa pubblica post Covid?*, Fondazione PromoP.A., in collaborazione con Jaggaer, maggio 2021.
- P.E. GIANA, *Accordi collaborativi a supporto della modellazione informativa (BIM) e degli strumenti digitali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022.
- E. GIANNANTONIO, voce *Banche di dati (tutela delle)*, in *Enc. del diritto*, Giuffrè, Milano, agg. 2001.
- G. GRECO, *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto*, in *Dir. soc.*, n. 2/2016, 203-254.
- D.I. GORDON, G.M. RACCA, *Integrity Challenges in the EU and U.S. Procurement systems*, in G.M. RACCA - C.R. YUKINS (a cura di), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, in *Droit Administratif / Administrative Law Collection* (Dir. by J.-B. Auby), no. 18, Bruylant, Bruxelles, 2014, 117-145.
- F. GORGERINO, *L'accesso come diritto fondamentale e strumento di democrazia: prospettive per la riforma della trasparenza amministrativa*, in *federalismi.it*, n. 5/2022, 96-127.
- F. GORGERINO, *Legal Basis and Regulatory Applications of the Once-Only Principle: The Italian Case*, in R. KRIMMER, A. PRENTZA, S. MAMROT (a cura di): *The Once-Only Principle. The TOOP Project*, Lecture Notes in Computer Science, n. 12621, Springer Nature, Cham (Switzerland), 2021, 104-125.
- H. GRAUX, *The Single Digital Gateway Regulation as an Enabler and Constraint of Once-Only in Europe*, in R. KRIMMER, A. PRENTZA, S. MAMROT (a cura di): *The Once-Only Principle. The TOOP Project*, Lecture Notes in Computer Science, n. 12621, Springer Nature, Cham (Switzerland), 2021, 83-103.

- M.P. GUERRA, *Dalla spending review ad un "sistema" del public procurement?*, in F. MANGANARO, F. SAITTA, F. ASTONE (a cura di), *Studi in memoria di A. Romano Tassone*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016, 215 ss.
- O. KUNDU, A. JAMES, J. RIGBY, *Public Procurement and innovation: a systematic literature review*, in *Science and Public Policy*, n. 47(4)/2020.
- A. IANNOTTI DELLA VALLE, *La tutela della concorrenza ai tempi di Google Android tra fondamenti costituzionali e analisi tecnologica*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 2/2021, 283-315.
- M. IMMORDINO, A. ZITO, *Aggregazione e centralizzazione della domanda pubblica di beni: stato dell'arte e proposte di migliorie al sistema vigente*, in *Nuove autonomie - Rivista Quadrimestrale di Diritto Pubblico*, n. 2/2018, 223-235.
- N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Bari, 1998.
- J.B. KAUFMAN, *Cooperative Purchasing: A US Perspective*, in G.M. RACCA, C.R. YUKINS (a cura di), *Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders*, in *Droit Administratif / Administrative Law Collection* (Dir. by J.B. Auby), no. 27, Bruylant, Bruxelles, 2019, 65-91.
- S. LAIMER, C. PAGLIARIN, C. PERATHONER, *Contratti pubblici e innovazione. Una strategia per far ripartire l'Europa*, Giuffrè, Milano, 2021.
- G. LANDI, *Consiglio di Stato (storia)*, in *Enc. del diritto*, Giuffrè, Milano, 1961, 294 ss.
- P. LAZZARA (a cura di), *Il diritto dei contratti pubblici*, Aracne, Roma, 2021.
- F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Giappichelli, Torino, 1967.
- G.F. LICATA, *Contratti pubblici e innovazione*, Convegno Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo, 2019, *Paper.pdf (aipda.it)*.
- I. LOCATELLI, *Process Innovation Under the New Public Procurement Directives*, in G.M. RACCA C.R. YUKINS (a cura di), *Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders*, in *Droit Administratif / Administrative Law Collection* (Dir. by J.-B. AUBY), no. 27, Bruylant, Bruxelles, 2019, 31-63.
- M. MACCHIA, *La qualificazione delle stazioni appaltanti*, in *Giornale diritto amministrativo*, n. 1/2017, 50-59.
- A. MALTONI, *Il "vincolo" al precedente dell'adunanza plenaria ex art. 99, comma 3 c.p.a. e il rispetto dei principi costituzionali*, in *Foro amm.*, n. 1/2015, 137-147.
- F. MANGANARO, *La funzione nomofilattica dell'Adunanza plenaria in materia di accesso agli atti amministrativi*, in *federalismi.it*, n. 20/2021, 159-173.
- B. MARCHETTI, *La garanzia dello "human in the loop" alla prova della decisione amministrativa algoritmica*, in *Rivista di BioDiritto*, n. 2/2021, 367-385.
- M. MARICONDA, E. RUGGIERO, *La digitalizzazione degli appalti pubblici: l'attesa continua*, in *Astrid Rassegna*, 2021.
- D. MARONGIU, *L'intelligenza artificiale "istituzionale": limiti (attuali) e potenzialità*, in *European Review of Digital Administration & Law*, 2020, 37-54.
- P. MARZARO, *Semplificazione, coordinamento degli interessi pubblici e leale collaborazione come canone di legittimità dell'azione amministrativa*, in *Diritto e Società*, n. 3/2019, 501-526.
- A. MASSERA, F. MERLONI, *L'eterno cantiere del Codice dei contratti pubblici*, in *Diritto Pubblico*, n. 2/2021, 587-663.

- F. MASTRAGOSTINO, G. PIPERATA, C. TUBERTINI (a cura di), *L'amministrazione che cambia. Fonti, regole, percorsi di una nuova stagione di riforme*, Bononia University Press, Bologna, 2016.
- A. MASUCCI, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie. Il procedimento amministrativo elettronico ad istanza di parte*, Giappichelli, Torino, 2011.
- B. G. MATTARELLA, *La centralizzazione delle committenze*, in *Giornale diritto amministrativo*, n. 5/2016, 613-620.
- B.G. MATTARELLA, *Il procedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, V ed., Giuffrè, Milano, 2015, 314 ss.
- P. MCKEEN, *The Pursuit of Streamlined Purchasing: Commercial Items, E-Portals, and Amazon*, G.M. RACCA, C.R. YUKINS (a cura di), *Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders*, in *Droit Administratif / Administrative Law Collection* (Dir. by J.-B. AUBY), no. 27, Bruylant, Bruxelles, 2019, 373-387.
- G. MELIS, *Origine e storia del Consiglio di Stato*, in G. PALEOLOGO (a cura di), *Il Consiglio di Stato di Francia e d'Italia*, Giuffrè, Milano, 1998.
- L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, n. 2/1956; in *Scritti*, II, *Obbligazioni e negozio*, Giuffrè, Milano, 2011, 267-282.
- F. MERLONI, A. PIRNI, *Etica per le istituzioni. Un lessico*, Donzelli Editore, Roma, 2021.
- F. MERLONI, *Costituzione repubblicana, riforme amministrative e riforme del sistema amministrativo*, in *Diritto Pubblico*, n. 1/2018, 81-120.
- F. MERLONI, A. PIOGGIA, R. SEGATORI, *L'amministrazione sta cambiando?: una verifica dell'effettività dell'innovazione nella pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2007.
- F. MERLONI (a cura di), *Introduzione all'eGovernment: pubbliche amministrazioni e società dell'informazione*, Giappichelli, Torino, 2005.
- F. MERUSI, *L'“imbroglio” delle riforme amministrative*, Mucchi, Modena, 2016.
- A. MOLITERNI, *Pluralità di accessi, finalità della trasparenza e disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale diritto amministrativo*, n. 4/ 2020, 505-519.
- S. MONEGATO, *L'art. 80, comma 10-bis, d.lgs. n. 50 del 2016 come strumento di tutela dell'ordine pubblico economico*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2022.
- E. MORLINO, *Centralizzazione degli acquisti pubblici e amministrazioni locali: la prospettiva europea nel caso Asmel*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 2/2021, 315-352.
- C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi contro i comportamenti omissivi del legislatore*, in D. DIACO (a cura di), *Le tipologie decisorie della Corte Costituzionale attraverso gli scritti della dottrina*, 2016, 261 ss.
- D. MOSEY, *Collaborative procurement dialogue, dialogo sugli appalti collaborativi*, a cura di E. PARISI, N. POSTERARO, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019.
- A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia «non amministrativa» (Sonntagsgedanken)*, Giuffrè, Milano, 2005.
- G. ORSONI, E. D'ORLANDO, *Nuove prospettive dell'amministrazione digitale: Open Data e algoritmi*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 3/2019, 593-617.
- P. OTRANTO, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.*, in *federalismi.it*, 2018.
- P. PACILEO, S. SICA, *Art. 10. Obbligo di assicurazione*, in B. MEOLI, S. SICA, P. STANZIONE (a cura di), *Commentario alla legge 8 marzo 2017 n. 24*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, 221-240.

- A. PAJNO, *Crisi dell'amministrazione e riforme amministrative*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, n. 3-4/2017, 549-592.
- A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in *Astrid Rassegna*, 2015.
- A. PAJNO, *Consiglio di Stato*, in *Dizionario di diritto pubblico* dir. da S. CASSESE, Giuffrè, Milano, 2006.
- A. PAJNO, *Le norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 419-484.
- G. PALEOLOGO (a cura di), *Il Consiglio di Stato di Francia e d'Italia*, Giuffrè, Milano, 1998.
- F. PATRONI GRIFFI, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2019.
- F. PATRONI GRIFFI, *Tecniche di decisione e prevedibilità nella sentenza amministrativa*, in A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2017.
- F. PATRONI GRIFFI, *"Élite" politiche e amministrative tra crisi della democrazia e riforma dell'amministrazione*, in *federalismi.it*, 2017.
- M.G. PESCE, *L'ammissione alle procedure (artt. 79-82)*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, II ed., Giappichelli, Torino, 2019, 607-643.
- P. PICOZZA, *Politica, diritto amministrativo and Artificial Intelligence*, in *Giur. it.*, n. 7/2019, 1761-1771.
- M. PIETRANGELO, *Le pubbliche amministrazioni sul web tra comunicazione, consultazione e partecipazione*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA (a cura di), *La tecnificazione*, in L. FERRARA, D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall'Unificazione amministrativa italiana*, vol. IV, Firenze University Press, Firenze, 2016, 103 ss.
- M. PIGNATTI, *La digitalizzazione e le tecnologie informatiche per l'efficienza e l'innovazione nei contratti pubblici*, in *federalismi*, n. 12/2022, 133-176.
- C. PINELLI, *La Costituzione di Santi Romano e i primi maestri dell'età repubblicana*, in *Dir. amm.*, n. 3/2012, 251-298.
- S. PONZIO, *Joint Procurement and Innovation in the new EU Directive and in some EU-funded projects*, in *Ius Publicum Network Review*, n. 2/2014.
- S. PONZIO, *I modelli organizzativi di mutualisation degli acquisti nel settore sanitario e ospedaliero in Francia per la modernizzazione e professionalizzazione della fonction achat*, in A. PIOGGIA, S. CIVITARESE MATTEUCCI, G.M. RACCA, M. DUGATO (a cura di), *I servizi sanitari. Organizzazione, riforme e sostenibilità: una prospettiva comparata*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2011, 247-270.
- G.M. RACCA, *Le responsabilità delle pubbliche amministrazioni digitali tra collaborazione e buona fede*, in *Dir. amm.*, 2022, in corso di pubblicazione.
- G.M. RACCA, *Appalti transfrontalieri congiunti di soluzioni innovative nel settore dell'assistenza sanitaria. Da un'esperienza pionieristica alle innovazioni post pandemia per i contratti pubblici*, Turin University Press, in corso di pubblicazione.
- G.M. RACCA, *Principles of joint cross-border public contracts and transnational effects*, in S. DE LA ROSA, P. VALCARCEL FERNANDEZ (a cura di), *Les principes des contrats publics en Europe / Principles of public contracts in Europe, in Droit Administratif / Administrative Law Collection* (Dir. by J.-B. AUBY), no. 30, Bruylant, Bruxelles, 2022, 555-578.

- G.M. RACCA, voce *Salute*, in *Enc. dir., I tematici. III. Funzioni amministrative*, Giuffrè, Milano, 2022, 995-1015.
- G.M. RACCA, *Central Purchasing Bodies in Italy: Reluctance and Challenges*, in C. RISSVIG HAMER, M. COMBA, *Centralising Public Procurement. The Approach of EU Member States*, European Procurement Law series, Elgar Publishing, Londra, 2021, 220-238.
- G.M. RACCA, *La digitalizzazione necessaria dei contratti pubblici: per un'Amazon pubblica*, in *DPCE online*, 45, n. 4/ 2021, 4669-4706.
- G.M. RACCA, *La Corte di Giustizia e le scelte nazionali per una efficiente e trasparente aggregazione dei contratti pubblici: una sfida per l'evoluzione digitale della "funzione appalti" nazionale, regionale e locale*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, n. 2/2021, 185-215.
- G.M. RACCA, *La digitalizzazione dei contratti pubblici: adeguatezza delle pubbliche amministrazioni e qualificazione delle imprese*, in R. CAVALLO PERIN, D.-U. GALLETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, 2020, 321-341.
- G.M. RACCA, *La modellazione digitale per l'integrità, l'efficienza e l'innovazione nei contratti pubblici*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 3/2019, 739-766.
- G.M. RACCA, *The role of third parties in the execution of public contracts*, in L. FOLLIOT-LALLIOT, S. TORRICELLI (a cura di), *Controles et contentieux des contrats publics/Oversight and challenges of public contracts*, in *Droit Administratif / Administrative Law Collection* (Dir. by J.-B. AUBY), no. 26, Bruylant, Bruxelles, 2018, 415-448.
- G.M. RACCA, voce *Corruzione (Dir. amm.)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, aggiornamento, Utet Giuridica, Milano, 2017, 208-217.
- G.M. RACCA, *Gli accordi fra amministrazioni pubbliche: cooperazioni nazionali ed europee per l'integrazione organizzativa e l'efficienza funzionale*, in *Dir. amm.*, n. 1/2017, 101-145.
- G.M. RACCA, *La contrattazione pubblica come strumento di politica industriale*, in C. MARZUOLI, S. TORRICELLI (a cura di), *La dimensione sociale della contrattazione pubblica. Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, 171-193.
- G.M. RACCA, *La trasparenza e la qualità delle informazioni come forma diffusa di controllo sulle amministrazioni pubbliche*, report realizzato per l'Accademia per l'Autonomia, 5 maggio 2015.
- G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Jovene, Napoli, 2000.
- G.M. RACCA, R. CAVALLO PERIN, voce *Cooperazione amministrativa europea*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, aggiornamento, Utet Giuridica, Milano, 2017, 191-208.
- G.M. RACCA, R. CAVALLO PERIN, *Corruption as a violation of fundamental rights: reputation risk as a deterrent against the lack of loyalty*, in G.M. RACCA, C.R. YUKINS (a cura di), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally* in *Droit Administratif / Administrative Law Collection* (Dir. by J.-B. AUBY), no. 18, Bruylant, Bruxelles, 2014, 23-48.

- G.M. RACCA, R. CAVALLO PERIN, *Material changes in contract management as symptoms of corruption: a comparison between EU and U.S. procurement systems*, in G.M. RACCA, C.R. YUKINS (a cura di), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, in *Droit Administratif / Administrative Law Collection* (Dir. by J.-B. AUBY), no. 18, Bruylant, Bruxelles, 2014, 247-274.
- G.M. RACCA, R. CAVALLO PERIN, G.L. ALBANO, *Public Contracts and International Public Policy Against Corruption*, in M. AUDIT, S.W. SCHILL (a cura di), *Transnational Law of Public Contracts*, in *Droit Administratif / Administrative Law Collection* (Dir. by J.-B. AUBY), no. 20, Bruylant, Bruxelles, 2016, 845-878.
- G.M. RACCA, S. PONZIO, *Contrats publics transnat onaux: une perspective complexe*, in *Ius Publicum Network Review*, n. 1/2021.
- G.M. RACCA, S. PONZIO, *La scelta del contraente come funzione pubblica: in modelli organizzativi per l'aggregazione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, n. 1/2019, 33-82.
- G.M. RACCA, S. PONZIO, *Nuovi modelli organizzativi per il «joint procuremen'» e l'innovazione dei contratti pubblici in Europa*, in R. F. ACEVEDO, P. VALCARCEL FERNANDEZ (a cura di), *Compra Pública Agregada*, Thomson Reuter, Spagna, 2016, 373-406.
- G.M. RACCA, S. PONZIO, *Evoluzioni sulla responsabilità precontrattuale delle pubbliche amministrazioni*, in *Giur. it.*, Agosto/Settembre, 2015, 1963-1977.
- G.M. RACCA, *Le centrali di committenza nelle nuove strategie di aggregazione dei contratti pubblici*, in *Italiadecide - Rapporto 2015*, Il Mulino, Bologna, 2015.
- G.M. RACCA, *Dall'Autorità sui contratti pubblici all'Autorità nazionale anticorruzione: il cambiamento del sistema*, in *Dir. amm.*, n. 2-3/2015, 345-387.
- G.M. RACCA, *La prevenzione e il contrasto della corruzione nei contratti pubblici (art. 1, commi 14-25, 32 e 52-58)*, in B. G. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, Torino, 2013, 125-151.
- G.M. RACCA, S. PONZIO, *La mutualisation des achats dans le secteur de la santé publique: les centrales d'achat et les accords-cadres dans une perspective comparative*, in *Droit Administratif*, n. 7/2011, 7-12.
- G.M. RACCA, voce *Correttezza (diritto amministrativo)*, in S. CASSESE (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2006, 1529-1536.
- G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Politica del diritto*, n. 2/2019, 199-236.
- S. RIGAZIO, *Smart contracts e tecnologie basate sui registri distribuiti nella l. 12/2019*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 2/2021, 369-395.
- M. RODRÍGUEZ BEAS, *La innovación en la nueva Directiva de contratación pública: la asociación para la innovación*, in *Cuadernos de derecho local*, ottobre 2015, 141-161.
- G. ROEHRSEN, *Consiglio di Stato e Tribunali Amministrativi Regionali*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, 1989.
- A. ROMANO, *“L'ordinamento giuridico” di Santi Romano, il diritto dei privati e il diritto dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, n. 2/2011, 241-273.

- A. ROMANO, *Il quadro normativo della giurisdizione esclusiva sino all'avvento della Costituzione*, in *L'evoluzione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo* (Atti del XLVIII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, Varenna, 18-20 settembre 2003), Giuffrè, Milano, 2004, 35 ss.
- A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. amm.*, n. 1/1998, 1-25.
- A. ROMANO TASSONE, *Sui rapporti tra ordinamento europeo ed ordinamenti statali in materia di tutela processuale*, in *Dir. amm.*, n. 3/2012, 491-501.
- F.A. ROVERSI MONACO, *Prefazione*, in M. CAMMELLI, M.P. GUERRA (a cura di), *Informazione e funzione amministrativa*, Maggioli, Bologna, 1997, 13 ss.
- F. SAITTA, *Il vizio dell'eccesso di potere: una prospettiva storica*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2022.
- M.A. SANDULLI, R. DE NICCOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2019.
- G. SARTOR, *Intelligenza artificiale e diritto - Un'introduzione*, Giuffrè, Milano, 1996.
- F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Giappichelli, Torino, 2017.
- F.G. SCOCA, *Per un'amministrazione responsabile*, in *Giur. cost.*, n. 6/1999, 4045-4062.
- G. SDANGANELLI, *La gestione del rischio clinico e delle connesse responsabilità per l'effettività del diritto alla salute*, in *federalismi.it*, n. 5/2022, 214-235.
- G. SDANGANELLI, *Il modello europeo degli acquisti congiunti nella gestione degli eventi rischiosi per la salute pubblica*, in *DPCE online*, 2, 2020, 2323-2346.
- G. SEVERINI, *Il Consiglio di Stato: specchio dello Stato di diritto*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2022.
- S. SICA, B. MARIA SABATINO, *Algoritmi e salute*, in G. FRANCO FERRARI (a cura di), *Smart city. Evoluzione di un'idea*, Mimesis, Milano, 2020, 553-580.
- S. SICA, *La responsabilità civile tra struttura, funzione e «valori»*, in *Resp. civ. prev.*, n. 4-5/1994, 543-558.
- A. SIMONCINI, *Amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale*, in R. CAVALLO PERIN, D.-U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, 2020, 1-42.
- V. SESSA, *Riforma degli appalti e Building Information Modeling*, in *Giust.amm.*, n. 2/2016.
- D. SORACE, *L'epistemologia del diritto pubblico e il diritto amministrativo della costituzione nel pensiero di Andrea Orsi Battaglini*, in *Diritto Pubblico*, n. 1/2006, 9-60.
- M.R. SPASIANO, M. CALABRÒ, G. MARI, F. GAMBARDELLA, P. TANDA, A.G. PIETROSANTI, *Fondamenti di diritto per l'architettura e l'ingegneria civile*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020.
- A. TAILLEFAIT, *Groupements de commandes et centrales d'achats publics en France apres la transposition des Directives Europeennes de 2014*, in *Ius Publicum Network Review*, n. 1/2017.
- F. TIGANO, *Democrazia pluralista, principio di autonomia e riforme amministrative*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2017.
- A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Diritto pubblico*, n. 1/2018, 121-139.

- A. TRAVI, *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, in *Giust. amm.*, n. 5/2016.
- R. URSI, *La giuridificazione del canone dell'efficienza della pubblica amministrazione*, in B. MARCHETTI, M. RENNA (a cura di), *La giuridificazione*, in L. FERRARA, D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa europea*, Firenze University Press, Firenze, 445-475.
- S. VACCARI, *Note minime in tema di Intelligenza Artificiale e decisioni amministrative*, in *Giust. amm.*, n. 10/2019.
- S. VALAGUZZA, *Collaborare nell'interesse pubblico*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019.
- S. VALAGUZZA, *Governare per contratto. Come creare valore attraverso i contratti pubblici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.
- F. VALENTINI, *Prospective overruling, tra tutela del privato e certezza del diritto*, in sito giustizia-amministrativa.it, 2022.
- L. VANDELLI (a cura di), *Etica pubblica e buona amministrazione. Quale ruolo per i controlli?*, Franco Angeli, Milano, 2009.
- V. VARONE, *La qualificazione delle stazioni appaltanti*, in *Il nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50)*, nell'ambito della collana *Officina del diritto. L'amministrativista*, Milano, 2016, 7-20.
- D. VESE, *Sull'efficienza amministrativa in senso giuridico*, Wolters Kluwer, Cedam, Milano, 2018.
- L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, in *Foro amm.*, n. 9/2018, 1598-1640.
- M. WINFIELD, S. ROCK, *The winfield rock report. Overcoming the legal and contractual barriers of BIM*, feb. 2018.
- C.R. YUKINS, *United States procurement and the COVID-19 pandemic*, in *Public Procurement Law Review*, n. 4/2020, 220-231.
- C.R. YUKINS, A. YOUNG, K. ITTIG, E. VALLE, *GSA's Commercial Marketplaces Initiative: Opening Amazon and Other Private Marketplaces To Direct Purchases By Government Users*, Briefing Papers (Thomson Reuters), no. 20-13, Dec. 2020.
- C.R. YUKINS, A. SUNDSTRAND, M. BOWSHER, *Tale of Three Regulatory Regimes - Dynamic, Distracted and acted and Dysfunctional: Sweden, the United Kingdom and the United States*, in *GWU Law School Public Law*, Research Paper no. 8, 2018.
- A. ZITO, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021.
- A. ZITO, P.L. GIANFORTE, *Emergenza Coronavirus e cantieri pubblici: soluzioni mirate per la ripartenza*, in *Giust. amm.*, n. 5/2020.
- A. ZITO, *Il 'diritto ad una buona amministrazione' nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nell'ordinamento interno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 2-3/2002, 425-444.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

JEAN-BERNARD AUBY

Professore Emerito di Diritto Pubblico, Università SciencesPo - Parigi

ROBERTO CAVALLO PERIN

Professore Ordinario di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Torino

VINCENZO CERULLI IRELLI

già Professore Ordinario di Diritto Amministrativo, Sapienza Università di Roma

MARIO P. CHITI

già Professore Ordinario di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Firenze

MARCELLO CLARICH

Professore Ordinario di Diritto Amministrativo, Sapienza Università di Roma

FRANCO FRATTINI

Presidente del Consiglio di Stato

MARCO LIPARI

Presidente di Sezione del Consiglio di Stato

ELENA QUADRI

Consigliere di Stato

GABRIELLA M. RACCA

Professore Ordinario di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Torino

FLAVIA RISSO

Consigliere del T.A.R. Piemonte

CONVEGNO - “CONTRATTI PUBBLICI E INNOVAZIONI”

6 aprile 2022, ore 15.00-18.30

Consiglio di Stato, Palazzo Spada, Sala di Pompeo
Piazza Capo di Ferro, 13, Roma

Indirizzi di saluto

Franco Frattini min. 00.00
Presidente del Consiglio di Stato

Introduzione

Gabriella M. Racca min. 30.12
Professore Ordinario di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Torino

Relazioni

Vincenzo Cerulli Irelli min. 49.00
già Professore Ordinario di Diritto Amministrativo, Sapienza Università di Roma - Le innovazioni normative e i contratti pubblici

Mario P. Chiti min. 1.19.44
già Professore Ordinario di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Firenze - Le innovazioni sulla qualificazione delle amministrazioni aggiudicatrici

Marcello Clarich min. 1.37.45
Professore Ordinario di Diritto Amministrativo, Sapienza Università di Roma - Le innovazioni per la qualificazione degli operatori economici

Marco Lipari min. 1.59.56
Presidente di Sezione del Consiglio di Stato - Le innovazioni per l'effettività della tutela

Elena Quadri min. 2.27.59
Consigliere di Stato - La modellazione digitale dei contratti e gli accordi collaborativi

Flavia Risso min. 2.46.08
Consigliere del T.A.R. Piemonte - La valutazione dell'offerta tecnica e la digitalizzazione

Roberto Cavallo Perin min. 3.10.10
Professore Ordinario di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Torino - La digitalizzazione e l'analisi dati

Conclusioni

Jean-Bernard Auby min. 3.26.18
Professore Emerito di Diritto Pubblico, Università SciencesPo - Parigi

L'evento è pubblicato sul sito istituzionale della Giustizia amministrativa al seguente link: <https://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/-/convegno-contratti-pubblici-e-innovazioni>

Finito di stampare
nel giugno 2022
PL Print - Napoli

