

La digitalizzazione del ciclo dei contratti pubblici

SOMMARIO: 1. Contesto – 2. Regole generali – 3. La trasparenza – 4. I processi decisionali automatizzati – 5. L'ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale.

1. – CONTESTO

La digitalizzazione del ciclo dei contratti pubblici è l'architrave infrastrutturale su cui si basa l'intero nuovo codice, adottato con d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36. Non pare, in proposito, eccessivo affermare che il successo - o il fallimento - della nuova disciplina passa dalla capacità degli operatori economici, delle stazioni appaltanti e, più in generale, delle amministrazioni pubbliche di adottare un approccio integralmente digitale nella gestione della contrattualistica pubblica.

Peraltro, è bene chiarire sin d'ora che per digitalizzazione dei contratti pubblici non si deve intendere semplicemente la sostituzione degli atti cartacei, sottoscritti con la penna, con *file* muniti di firma digitale. Piuttosto, si tratta di adottare un nuovo approccio all'intero ciclo del contratto, che dovrà essere gestito a partire dalla sua ideazione e sino all'emanazione del certificato di collaudo, in un ecosistema di sistemi informatici, applicazioni, piattaforme, banche dati capaci di scambiarsi automaticamente tutti i dati necessari.

La digitalizzazione del ciclo dei contratti pubblici, è evidente, non nasce dal nulla, ma nel contesto di una vorticosa transizione digitale, che riguarda l'intero consorzio umano e che ha cambiato le abitudini e reso obsoleti determinati strumenti. Dunque, così come gli acquisti a distanza di prodotti non avvengono più mediante la consultazione di un catalogo cartaceo e la spedizione di un vaglia; così come la fruizione domestica di un film non passa più attraverso il noleggio di videocassette; così come non sono più le ampie mappe cartacee a aiutare l'automobilista ad orientarsi; allo stesso modo gli strumenti a disposizione della pubblica amministrazione debbono cambiare, e anzi sono già cambiati.

Già da qualche anno le comunicazioni legali sono destinate sempre più di frequente al domicilio digitale degli operatori economici e professionali²; attraverso la propria identità digitale il cittadino può accedere a molteplici servizi delle amministrazioni; l'approvvigionamento, da parte dei soggetti pubblici, di beni e servizi avviene in maniera numericamente preponderante attraverso piattaforme di *e-procurement*.

Il passo successivo nell'area della contrattualistica pubblica, che il nuovo codice richiede, è l'abbandono della digitalizzazione episodica per un approccio caratterizzato da sistematicità, attraverso la reingegnerizzazione integrale dell'attività amministrativa, modellata nei secoli dall'uso del supporto cartaceo³. Non a caso, l'ambizione sistematica del legislatore è testimoniata proprio dall'ingente numero degli articoli (19-36) che il nuovo codice dedica alla tematica.

¹ Il presente lavoro rappresenta la trasposizione rielaborata della relazione orale svolta durante il seminario di studi sul tema *Il diritto dei contratti pubblici alla luce del nuovo codice*, organizzato in data 16 maggio 2023 dal Dipartimento di Scienze Aziendali e Giuridiche dell'Università della Calabria di Cosenza.

² In data 6 giugno 2023 l'Agid ha comunicato l'istituzione dell'Indice Nazionale dei Domicili Digitali (INAD) ai sensi dell'art. 6-*quater* d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, recante il Codice dell'amministrazione digitale. A partire dal 6 luglio 2023, potrà essere consultato liberamente e utilizzato dalle pubbliche amministrazioni per le comunicazioni a effetto legale. Si completa così il ventaglio di pubblici elenchi dai quali attingere gli indirizzi PEC utilizzabili per le comunicazioni legali.

³ Effettivamente, già l'art. 3-*bis* l. 7 agosto 1990, n. 241, come modificato con l. 16 luglio 2020, n. 76, conv. con mod. con l. 11 settembre 2020, n. 120, impone all'amministrazione pubblica l'uso dell'informatica. I pubblici poteri debbono essere, quindi, *digital by default*.

Prima di esaminare più specificamente la disciplina, è però d'obbligo una precisazione. Si è parlato, nei primi commenti, di digitalizzazione come principio del codice.

Ebbene, tale definizione può essere accettata; ma la condizione è che se ne delimitino i contorni. Ciò perché la digitalizzazione non è una scelta valoriale. La realtà digitale non è in sé un bene, come invece lo sono l'efficienza, l'efficacia, l'imparzialità dell'azione amministrativa. Piuttosto, la digitalizzazione è un principio strumentale per concorrere al raggiungimento degli «*obiettivi di riduzione e di certezza dei tempi relativi alle procedure di gara, alla stipula dei contratti e all'esecuzione dei contratti*» (art. 1, comma 2, lett. *m*) l. 21 giugno 2022, n. 78, contenente la delega per la redazione del codice). Quindi, più che di fronte a un principio valoriale, ci si trova d'innanzi a una regola generale dell'azione amministrativa, che la informa in quanto idonea ad assicurare il raggiungimento delle finalità cui l'azione pubblica è preposta.

La chiave di lettura proposta, peraltro, consente di evidenziare come la digitalizzazione non possa essere perseguita se non accompagnandola con un poderoso sforzo di formazione del personale delle stazioni appaltanti e delle altre pubbliche amministrazioni, che saranno in concreto e quotidianamente chiamati ad esercitare la funzione pubblica. Dalla capacità del capitale umano di adottare un nuovo approccio alla contrattualistica pubblica dipende, quindi, l'effettiva creazione di quell'ecosistema digitale in cui dovranno essere stipulati ed eseguiti i contratti pubblici.

2. – REGOLE GENERALI

L'art. 19 del codice pone, al comma 1, la regola cardine in materia, e cioè che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti assicurano la digitalizzazione dell'intero ciclo dei contratti, il quale, come poi precisato all'art. 21, si articola in programmazione, progettazione, affidamento (con la stipula del contratto) ed esecuzione.

Tutte le attività che si inseriscono all'interno di tale ciclo dovranno essere realizzate attraverso piattaforme e servizi digitali che, operando all'interno di un ecosistema unitario, siano tra di loro interoperabili, vale a dire siano in grado di scambiarsi dati e informazioni automaticamente.

A tal fine, i dati e le informazioni trattati dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti attraverso le piattaforme e i servizi digitali dovranno essere gestiti e trattati in formato aperto, cioè mediante l'uso di formati non proprietari, onde evitare che la scelta del formato possa avvantaggiare alcuni operatori economici e penalizzare gli altri.

Tale specifica regola traduce in concreto uno dei diritti della cittadinanza digitale, quello alla neutralità tecnologica, e apre il tema dei limiti che conformano la digitalizzazione del ciclo dei contratti pubblici.

Invero, l'attuazione del codice dei contratti pubblici deve avvenire nel rispetto dei principi e delle regole fissate dal d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, recante il Codice dell'amministrazione digitale, e non può, evidentemente, tradursi in una regressione nei livelli di tutela dei privati nei confronti dell'amministrazione pubblica⁴.

La neutralità tecnologica, così come definita dall'art. 4, comma 2 lett. *i*) d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259, recante il Codice delle comunicazioni elettroniche, è il substrato su cui i diritti di cittadinanza digitale si esercitano. Essa si traduce nella «*non discriminazione tra particolari tecnologie, non imposizione dell'uso di una particolare tecnologia rispetto alle altre e possibilità di adottare provvedimenti ragionevoli al fine di promuovere*

⁴ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270, e, ancor prima, TAR Lazio - Roma, Sez. III-bis, 10 settembre 2018, n. 9224.

taluni servizi indipendentemente dalla tecnologia utilizzata". In altre parole, per neutralità tecnologica si intende un approccio non discriminatorio alla regolazione dell'uso delle tecnologie, cosicché l'operatore economico possa individuare sul mercato la combinazione ottimale delle soluzioni tecnologiche, senza essere in ciò vincolato dai requisiti richiesti per interagire con l'amministrazione.

Altro fondamentale diritto di cittadinanza, di cui il codice impone l'osservanza, è quello di trasparenza, quale strumento per garantire il rispetto della legalità e contrastare fenomeni corruttivi. In effetti, la digitalizzazione è un prodigioso ausilio alla trasparenza, giacché permette l'accesso immediato e senza costi ai documenti amministrativi e consente la tracciabilità di tutte le operazioni amministrative svolte.

Riservando al § 3. un più approfondito esame degli strumenti di trasparenza apprestati dal codice, al momento va sottolineato che, in maniera corrispettiva alle potenzialità di innovazione e trasparenza che la digitalizzazione reca con sé, si pone una pressante esigenza di protezione dei dati trattati e di sicurezza dei sistemi, essendo più che evidenti sia la gravità di una possibile violazione dei dati personali trattati (tra di essi vi sono anche dati sensibili, relativi alla biografia penale degli operatori economici e delle persone che agiscono in loro nome), sia i rischi di possibile manipolazione informatica delle procedure.

Si tratta di esigenze la cui tutela, però, è affidata, più che ai principi sanciti dall'art. 19, comma 5 del codice, alla valorizzazione del capitale umano, e cioè, ancora una volta, alla cura nella formazione del personale delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti, e agli investimenti sulla protezione dei sistemi informatici.

Il comma 2 dell'art. 19, da parte sua, declina in senso digitale la regola generale del divieto di aggravio del procedimento amministrativo, per cui ciascun dato è fornito una sola volta a un solo sistema informativo (*once only*) e non può essere richiesto da altri sistemi o banche dati, ma è reso disponibile dal sistema informativo ricevente.

L'attuazione di tale regola necessita, evidentemente, dell'interoperabilità dei sistemi informatici, per cui ogni dato dovrà essere acquisito in via automatica dal sistema che lo detiene.

Tale modalità di acquisizione dei dati porta numerosi vantaggi. Vi saranno, in primo luogo, la consistente riduzione degli oneri burocratici per gli operatori economici e la minimizzazione delle possibilità di errore nell'inserimento dei dati, che è tanto maggiore tante più le volte il dato deve essere dichiarato. Ma, soprattutto, saranno ridotti gli spazi di sfruttamento, da parte di operatori economici disonesti, di situazioni di asimmetria informativa. Sarà più complicato, in altri termini, omettere la dichiarazione di informazioni sfavorevoli all'offerente, scommettendo nella difficoltà delle stazioni appaltanti di operare i necessari controlli, a tutto vantaggio degli operatori economici più professionali.

3. – LA TRASPARENZA

Come già accennato al § 2., la digitalizzazione del ciclo dei contratti pubblici contribuisce all'esercizio del diritto alla trasparenza dell'azione dell'amministrazione.

Il codice, in particolare, adotta un rinnovato approccio alla questione dell'accessibilità alle informazioni relative al ciclo dei contratti pubblici, che passa attraverso la loro disponibilità in un unico luogo virtuale di pubblicazione. È prevista, inoltre, la completa digitalizzazione delle modalità di pubblicità legale, delle comunicazioni inerenti alle procedure di gara, dell'accesso da parte dei concorrenti ai documenti della procedura, che risulterà sostanzialmente automatizzato.

Ai sensi del combinato disposto degli artt. 20 e 28 del codice, infatti, tutti gli atti relativi al ciclo dei contratti, che non siano considerati riservati o che non siano secretati, sono pubblicati – ai sensi del

d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 – su un unico spazio virtuale, all'interno della Banca dati nazionale dei contratti pubblici, gestita da ANAC. La trasmissione dovrà avvenire attraverso le piattaforme di *e-procurement*, con modalità che saranno individuate con provvedimento dell'ANAC⁵, mentre sulla sezione *Amministrazione trasparente* della stazione appaltante o dell'ente concedente vi dovrà essere solo il *link* che rinvia al luogo virtuale di pubblicazione.

In forza del codice previgente, la pubblicazione degli atti e dei documenti doveva avvenire sulle rispettive pagine *web* delle stazioni appaltanti, con successiva trasmissione dei dati all'ANAC per la pubblicazione sulla Banca dati nazionale dei contratti pubblici. Oggi, la concentrazione in un unico luogo virtuale di tutti gli atti e i documenti relativi agli appalti e alle concessioni pubbliche evita ridondanze informative e assicura adeguatamente la trasparenza, agevolando l'accesso civico anche grazie alla naturale uniformazione delle modalità di pubblicazione.

In questi termini, però, appare eccentrica la previsione, contenuta al comma 2 dell'art. 33, secondo cui nelle varie sezioni *Amministrazione trasparente* debbano essere pubblicati la composizione della commissione giudicatrice e i *curricula* dei suoi componenti, nonché i resoconti della gestione finanziaria dei contratti al termine della loro esecuzione. Infatti, sembra che l'allocatione degli elencati documenti debba essere non già all'interno della Banca dati nazionale dei contratti pubblici, cui rinviare attraverso un *link*, ma piuttosto all'interno dei vari siti *web* delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti, con un'evidente polverizzazione dell'informazione.

La Banca dati nazionale dei contratti pubblici riveste un ruolo centrale anche ai fini della pubblicità legale. È a sua cura, ai sensi dell'art. 27 del codice, la trasmissione dei dati da pubblicare sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea al competente ufficio, nonché la loro pubblicazione sulla Banca dati nazionale dei contratti pubblici e sul sito della stazione appaltante e dell'ente concedente. Gli effetti giuridici derivanti da tali atti decorrono dalla data di pubblicazione nella Banca dati nazionale dei contratti pubblici.

Anche il sistema delle comunicazioni risulta estremamente semplificato, in quanto esse dovranno avvenire direttamente attraverso le piattaforme di *e-procurement* utilizzate per la procedura, in cui – per esempio – l'operatore economico potrà accedere a un'area riservata ove saranno disponibili le comunicazioni indirizzategli. Ove le piattaforme utilizzate non prevedano un sistema di comunicazione, potrà essere invece utilizzato il domicilio digitale – e cioè, allo stato, prevalentemente la posta elettronica certificata – oppure, tra pubbliche amministrazioni, si potrà utilizzare il sistema pubblico di connettività.

Gli artt. 34 e 35 forniscono, nel contesto della complessiva digitalizzazione, una disciplina complessa alla questione dell'accesso, relevantissima anche ai fini della decorrenza dei termini per la proposizione degli eventuali ricorsi.

Non essendo questa la sede per una trattazione diffusa della tematica, va sottolineato che l'accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici è assicurata digitalmente, mediante acquisizione diretta, da parte degli operatori, dei dati e delle informazioni inseriti nelle piattaforme, una volta che siano trascorsi i termini di dilazione fissati dall'art. 35, comma 2 del codice allo scopo di garantire la regolarità delle procedure.

Al momento della comunicazione dell'aggiudicazione, sono resi disponibili a tutti i candidati e offerenti non definitivamente esclusi dalla procedura, attraverso la piattaforma di approvvigionamento digitale utilizzata, l'offerta risultata aggiudicataria, i verbali di gara e gli atti, i dati e le informazioni

⁵ Da adottare, ai sensi dell'art. 28, comma 4, entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del codice.

presupposti all'aggiudicazione. Tra i cinque operatori economici meglio collocati in graduatoria, addirittura, è prevista una reciproca *discovery*, attraverso la stessa piattaforma, delle offerte presentate.

Se si fa memoria di come il tema dell'accesso abbia in passato condizionato la celerità dell'azione amministrativa e anche le possibilità di tutela giurisdizionale⁶, risulta più che evidente che il nuovo regime digitalizzato, sposato alle regole acceleratorie quanto al procedimento e all'eventuale contenzioso in tema di accesso alle procedure di evidenza pubblica⁷, sia un formidabile elemento di efficienza.

4. – I PROCESSI DECISIONALI AUTOMATIZZATI

L'art. 30 del codice, che si occupa espressamente dei processi decisionali automatizzati nel pur limitato ambito dei contratti pubblici, ha una portata sistematica che difficilmente può sfuggire all'interprete.

Delle decisioni automatizzate si era, sino ad ora, occupato solo il Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, relativo alla protezione dei dati generali (GDPR).

Come regola di carattere generale, esso pone, all'art. 13, comma 2, lett. *f*), nonché all'art. 14, comma 2, lett. *g*), l'obbligo, per il titolare del trattamento dei dati personali, di fornire all'interessato informazioni circa l'esistenza di un processo decisionale automatizzato. Inoltre, ove tale processo decisionale preveda la profilazione dell'interessato, occorre fornirgli informazioni sulla logica utilizzata a tali fini, nonché l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l'interessato. A tale obbligo corrisponde, ai sensi dell'art. 15, comma 1, lett. *b*), il diritto dell'interessato a ricevere le descritte informazioni.

Più complesso il contenuto dell'art. 22 del Regolamento, che si occupa del processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche, attribuendo all'interessato il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona.

La regola soffre, però, di numerose eccezioni, per cui l'interessato non può opporsi al processo decisionale automatizzato allorché esso sia necessario per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e un titolare del trattamento; oppure sia autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento, che precisa altresì misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato; o, ancora, si basi sul consenso esplicito dell'interessato. In tali casi, comunque, il titolare del trattamento attua misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell'interessato, e quanto meno il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento, di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione.

Quello del GDPR è, evidentemente, un intervento normativo di portata limitata. In primo luogo perché, a parte il generale onere di informazione, pone dei limiti solo quanto ai processi decisionali automatizzati relativi a una persona fisica individuata o individuabile. Ma, soprattutto, ha un ambito di rilievo circoscritto perché, pur individuando alcuni doveri del titolare del trattamento e alcuni diritti dell'interessato, non conforma in alcun modo il processo decisionale automatizzato in sé.

⁶ Nel previgente sistema normativo, la delicata questione, che ha dato vita a multiformi orientamenti giurisprudenziali, è stata analizzata e risolta da Cons. Stato, Ad. Plen., 2 luglio 2020, n. 12.

⁷ Dettate dall'art. 35 del codice.

L'art. 30 del nuovo codice dei contratti pubblici, dal canto suo, opera anch'esso in una limitata area di attività amministrativa. Tuttavia, da un lato esso si applica a tutte le decisioni automatizzate assunte nel campo della contrattualistica pubblica, indipendentemente dal fatto che la decisione riguardi un operatore economico che sia persona fisica, un centro di interessi soggettivizzato o, anche, una pubblica amministrazione. Dall'altro lato, esso conforma i processi decisionali, descrivendo le caratteristiche essenziali che tali processi debbono avere per essere accettabili nell'ordinamento giuridico italiano.

Si tratta, quindi, di un testo normativo che ha ambizioni di ampio respiro, costituendo il primo tentativo, nell'ambito delle democrazie liberali, di disciplina organica della materia.

Infatti, in attesa di sviluppi in ordine alla proposta di Regolamento dell'Unione europea che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale, presentato dalla Commissione europea al Parlamento europeo e al Consiglio in data 22 aprile 2021⁸, nel panorama attuale vi è da segnalare sì un ampio interesse delle Istituzioni alle sfide aperte dallo sviluppo dell'intelligenza artificiale⁹, ma un solo rilevante testo normativo, il *National AI Initiative Act* del Congresso degli Stati Uniti, che, però, istituisce un ambiente economico, infrastrutturale e regolatorio favorevole allo sviluppo dell'intelligenza artificiale, ma lascia agli operatori il compito di stabilire i limiti dei processi decisionali.

Venendo, quindi, al contenuto dell'art. 30, occorre tenere a mente che il legislatore espressamente incoraggia l'implementazione dei processi decisionali automatizzati; ma l'adozione di tali soluzioni tecnologiche non è fine a se stessa, ma diretta a una maggiore efficienza degli affidamenti.

A tale scopo, potranno essere innanzitutto utilizzati degli algoritmi, che sono costituiti da una sequenza predeterminata di istruzioni per eseguire in maniera automatica sui dati disponibili delle operazioni che conducono a uno o più risultati. Ma soprattutto, come anticipato, il codice ammette l'uso di processi decisionali guidati dall'intelligenza artificiale, che, come noto, basandosi sul *machine learning*, giungono a dei risultati attraverso delle operazioni che non sono predeterminate sin dall'origine dal programmatore.

In effetti, gli algoritmi sono agevolmente utilizzabili per le decisioni vincolate, e così – per esempio – per calcolare le soglie di anomalia o per individuare l'aggiudicatario di una procedura regolata dal criterio del minor prezzo. Non sono, invece, adeguati ad assumere decisioni complesse, in cui è necessario fare ricorso a saperi tecnici o alla discrezionalità tecnica.

I processi decisionali automatizzati basati sull'intelligenza artificiale, invece, promettono di essere utilizzabili anche per decisioni caratterizzate da discrezionalità tecnica, e dunque – esemplificando – anche per valutare le giustificazioni alle offerte anomale o per selezionare l'aggiudicatario in procedure caratterizzate dal criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Opportunamente, quindi, il codice ammette e disciplina l'utilizzo di siffatta soluzione tecnologica, posto che il sorprendente sviluppo che l'intelligenza artificiale sta avendo rende prevedibile che presto saranno disponibili plurime applicazioni tecnicamente idonee a assumere decisioni automatizzate anche laddove non siano possibili schemi non predeterminati.

L'art. 30 fa riferimento anche alla possibilità di utilizzare le tecnologie di registri distribuiti, quali le c.d. *block chain*. Va però sottolineato che non si tratta di una soluzione tecnologica immediatamente finalizzata a pervenire a decisioni automatizzate, bensì di una tecnica volta a gestire e aggiornare, in

⁸ Procedura 2021/0106/COD.

⁹ Si veda lo studio prodotto dal Conseil d'Etat francese su richiesta del Primo ministro, intitolato *Intelligence artificielle et action publique: construire la confiance, servir la performance*, adottato dall'Assemblea Generale Plenaria del 31 marzo 2022.

modo univoco e sicuro, un registro contenente dati e informazioni (per esempio transazioni) in maniera aperta, condivisa e distribuita, senza la necessità di un'entità centrale di controllo e verifica.

Questa tecnologia, quindi, potrà essere utilizzata per assicurare l'accessibilità e l'immodificabilità dei dati relativi ai contratti pubblici e, di conseguenza, la trasparenza dell'azione amministrativa, ma le decisioni automatizzate dipendono comunque dall'uso *a latere* di altre soluzioni tecnologiche, algoritmiche o di intelligenza artificiale.

Tornando più specificamente ai processi decisionali automatizzati, che potranno derivare da soluzioni tecnologiche sviluppate dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti oppure acquistate sul mercato, essi debbono avere le seguenti caratteristiche¹⁰, delineate dal comma 3:

- devono essere conoscibili, nel senso che l'operatore economico deve essere conscio di processi decisionali automatizzati che lo riguardano;
- devono essere comprensibili, cosicché l'operatore economico ha il diritto di conoscere le logiche di funzionamento; in quest'ottica, al precedente comma 2 è previsto che sia messo a disposizione il codice sorgente, e cioè il testo dell'algoritmo di programmazione della soluzione tecnologica adoperata, la documentazione ad esso relativa nonché ogni altro elemento utile alla comprensione;
- non devono essere esclusivi, cosicché occorre prevedere, nel contesto del processo, un contributo umano volto a controllare, validare o anche smentire l'esito della decisione; negli atti di gara, pertanto, devono essere inserite, secondo l'antecedente comma 2, clausole che garantiscono interventi di assistenza e manutenzione necessari alla correzione degli errori degli effetti indesiderati della decisione¹¹.

Incombe sull'amministrazione l'obbligo di vigilare sulla rettifica di eventuali fattori che comportano l'inesattezza dei dati sui quali la decisione automatizzata viene assunta.

Così, poiché è ormai noto che le decisioni automatizzate possono portare a indesiderati effetti discriminatori, grande attenzione ha riversato il legislatore sulla problematica, contemplando sia al comma 3, lett. c) che al comma 4 il divieto di "*discriminazione algoritmica*", cui corrisponde il pressante obbligo per le stazioni appaltanti di adozione di ogni misura tecnica e organizzativa atta a minimizzare il rischio di effetti discriminatori nei confronti delle persone fisiche sulla base della nazionalità, dell'origine etnica, delle opinioni politiche, della religione, delle convinzioni personali, dell'appartenenza sindacale, dei caratteri somatici, dello *status* genetico, dello stato di salute, del genere e dell'orientamento sessuale.

Si tratta, è chiaro, di una mera specificazione degli obblighi che derivano direttamente dall'art. 3 Cost., la cui riaffermazione evidenzia anche le preoccupazioni che derivano dai *bias* che le decisioni automatizzate recano con sé.

5. – L'ECOSISTEMA NAZIONALE DI APPROVVIGIONAMENTO DIGITALE

Il cuore "tecnico" della digitalizzazione è costituito dalla realizzazione di un ambiente, meglio ancora un ecosistema, che consenta a tutti i sistemi coinvolti nel ciclo dei contratti pubblici di dialogare digitalmente e automaticamente. Non si tratta, semplificando al massimo il concetto, di creare una sola piattaforma informatica che consenta di gestire l'intero ciclo dei contratti, ma – piuttosto – di rendere

¹⁰ Invero già elaborate in sede pretoria: cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270. G. Carlotti, *I principi nel Codice dei contratti pubblici: la digitalizzazione*, 2023, in www.giustizia-amministrativa.it, parla di c.d. *constitutional rule* della legittimità della c.d. "decisione algoritmica", ivi inclusa quella formata con tecnologie di intelligenza artificiale.

¹¹ Sul punto, cfr. TAR Campania – Napoli, Sez. III, 14 novembre 2022, n. 7003.

dialoganti tra di loro i vari sistemi informatici utilizzati, secondo la regola della neutralità tecnologica, dagli operatori economici, dalle stazioni appaltanti, dagli enti concedenti e, più in generale, dalle pubbliche amministrazioni.

In altri termini, viene replicato a livello di contrattualistica pubblica quello che già accade nella quotidianità, in cui sistemi operativi, *software*, piattaforme di servizi digitali, applicazioni mobili si interfacciano automaticamente, consentendo all'utente di accedere sempre e da ogni *device* ai propri dati e ai servizi digitali sottoscritti.

Il centro e la struttura portante di questo ecosistema è la più volte citata Banca dati nazionale dei contratti pubblici, che, ai sensi dell'art. 23 del codice, è gestita in via esclusiva dall'ANAC.

Essa, attraverso la piattaforma digitale nazionale dati (PDND), che consente in concreto l'interoperabilità tra i sistemi delle pubbliche amministrazioni, opera da collettore di tutti i dati relativi al ciclo di gestione dei contratti pubblici, che vengono attinti in primo luogo dalle banche dati di interesse nazionale (registro delle imprese, casellario giudiziale) e dalle altre banche dati dei soggetti pubblici (per esempio, ai fini della verifica della regolarità del DURC o dell'iscrizione a una c.d. *white list*), ma anche dalle piattaforme di *e-procurement* utilizzate da stazioni appaltanti ed enti concedenti.

In tal modo, saranno reperibili presso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici tutti i dati relativi all'avvio della gara (CIG assegnato, dati di pubblicazione del bando o dell'avviso, contenuti dei documenti di gara), al suo svolgimento e all'aggiudicazione (operatori economici partecipanti alla gara, esito della stessa, avvenuta stipula del contratto, avvio delle prestazioni oggetto dell'appalto), all'avanzamento delle prestazioni (somme liquidate, sospensioni della prestazione, eventuali subappalti, variazioni alle prestazioni, contenziosi insorti), alla conclusione del rapporto e all'eventuale collaudo dell'opera (data conclusione del contratto, importo finale dei lavori, collaudo).

La Banca dati offrirà più servizi necessari a una corretta gestione digitale del ciclo dei contratti, tra cui:

- l'anagrafe degli operatori economici partecipanti a qualunque titolo coinvolti nei contratti pubblici (art. 31 del codice);
- il fascicolo virtuale dell'operatore economico (art. 24 del codice), che consente di verificare in automatico l'assenza di cause di esclusione dalla procedura e il possesso dei requisiti di partecipazione alle gare;
- l'anagrafe unica delle stazioni appaltanti (art. 33-*ter* d.lgs. d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, conv. con mod. con l. 17 dicembre 2012, n. 221);
- il casellario informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (art. 222 del codice), in cui debbono essere annotate le eventuali cause di esclusione ai sensi dell'art. 94 del codice, nonché gli altri fatti rilevanti per l'attribuzione della reputazione dell'impresa o per il conseguimento dell'attestazione di qualificazione;

Le piattaforme di *e-procurement*, o – secondo la nomenclatura usata dal codice all'art. 25 – le piattaforme di approvvigionamento digitale, in concreto utilizzate dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti per svolgere una o più attività relative al ciclo dei contratti pubblici, si interfacceranno, attraverso il PDND con la Banca dati nazionale dei contratti pubblici, acquisendo e trasmettendo automaticamente e digitalmente i dati rilevanti.

Tali piattaforme potranno essere sviluppate dalle stesse stazioni appaltanti, enti concedenti o enti aggregatori di questi, oppure messe a disposizione sul mercato; debbono rispettare le regole

tecniche predisposte dall'Agid, d'intesa con l'ANAC e il Dipartimento per la trasformazione digitale della Presidenza del Consiglio dei Ministri¹², e debbono essere certificate.

6. – RILIEVI CONCLUSIVI

La rapida rassegna delle previsioni del codice dei contratti pubblici sulla digitalizzazione confermano, a parere dello scrivente, l'idea affermata già nell'introdurre la tematica, e cioè che l'obiettivo di modernizzare e rendere più efficiente l'approvvigionamento pubblico potrà essere conseguito solo se si riuscirà ad attuare pienamente la digitalizzazione del ciclo dei contratti pubblici.

Solo così saranno effettivamente ridotti gli oneri burocratici, diminuite le possibilità di errore da parte degli operatori economici e delle stazioni appaltanti, efficacemente contrastati i comportamenti dolosi, accorciati i tempi di conclusione delle procedure di evidenza pubblica.

Va poi sottolineato che la piena digitalizzazione permetterà di conseguire anche obiettivi di più ampio respiro, consentendo alle amministrazioni di avere a disposizione un'elevata quantità di dati su cui poter elaborare politiche di acquisto, con benefici in termini di riduzione della spesa pubblica¹³.

In effetti, anche a livello europeo, la Commissione ha presentato, il 16 marzo 2023¹⁴, un piano per costruire uno spazio europeo dei dati sugli appalti pubblici, cui, entro il 2024, tutti i portali di pubblicazione nazionali aderenti dovranno essere connessi. Tale spazio raccoglierà i dati sulle gare d'appalto, dalla preparazione all'esito finale, onde consentire analisi comparate e condivisione dei dati, che aumenteranno il livello di trasparenza e, soprattutto, aiuteranno le stazioni appaltanti e le imprese a migliorare le loro strategie di investimento e di offerta e forniranno a tutte le parti interessate una maggiore trasparenza e un miglior rapporto qualità prezzo.

In quest'ottica, non sembra fortunata la scelta di stabilire che la parte del codice relativa alla digitalizzazione acquisti efficacia solo a partire dal 1° gennaio 2024, e cioè in un momento diverso e posteriore rispetto all'avvio dell'applicabilità del codice.

Preoccupante, invece, è che alla data di conclusione del presente lavoro siano state pubblicate da Agid, in data 1 giugno 2023, le Regole tecniche circa i requisiti tecnici e modalità di certificazione delle piattaforme di approvvigionamento digitale (art. 26 del codice); ma ancora manchino i provvedimenti di ANAC necessari per dare attuazione alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici (artt. 23 e 28 del codice), al fascicolo virtuale dell'operatore economico (art. 24 del codice), al nuovo sistema di pubblicità legale (art. 27 del codice), che avrebbero dovuto essere emanati entro 60 giorni dall'entrata in vigore del codice, e i provvedimenti necessari per l'istituzione dell'anagrafe degli operatori economici (art. 31 del codice) il funzionamento del casellario informatico (art. 222, comma 10 del codice).

D'altra parte, già il codice emanato con d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, prevedeva, all'art. 44, che un decreto del Ministero per la semplificazione e la pubblica amministrazione, di concerto con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e il Ministero dell'economia e delle finanze, emanasse, sentita l'Agid e l'Autorità garante della privacy per i profili di competenza, un provvedimento regolatorio che definisse le modalità di digitalizzazione delle procedure di tutti i contratti pubblici, anche attraverso l'interconnessione per interoperabilità dei dati delle pubbliche amministrazioni. Alla norma, tuttavia, è stata data attuazione soltanto con il decreto del Ministro per la pubblica amministrazione, di concerto

¹² Invero già approvate dall'Agid con determinazione n. 137 del 2023.

¹³ R. MARZULLI, M.L. LA PORTA, *La svolta digitale nei contratti pubblici*, in Edicola Fisco, 30 maggio 2023, pp. 36 ss.

¹⁴ C(2023) 1696

con il Ministro delle infrastrutture e delle mobilità sostenibili e il Ministero dell'economia e delle finanze, del 12 agosto 2021, n. 148. Tuttavia, nemmeno si è trattato di un'effettiva operatività della digitalizzazione, dal momento che il regolamento ne ha differito di fatto l'operatività *sine die*, ossia a sei mesi dopo l'adozione di apposite Linee guida dell'AgiD (Agenzia per l'Italia digitale) sulle regole tecniche, mai adottate¹⁵.

Ebbene, occorre evitare che si rinnovi una simile evenienza. Entrato in vigore il codice, è dunque urgente un ulteriore sforzo regolatorio, senza il quale la digitalizzazione del ciclo dei contratti pubblici rimarrà un mero auspicio e, probabilmente, l'utilità di un nuovo codice sarà fortemente ridotta.

Francesco Tallaro

Magistrato Tar

Publicato il 15 giugno 2023

¹⁵ Lo sottolinea G. CARLOTTI, *I principi nel Codice dei contratti pubblici: la digitalizzazione*, 2023, in www.giustizia-amministrativa.it.