amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

**Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)**

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

*Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"*

**Direzione scientifica**
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

**Direttore Responsabile**
Gaetano Caputi

**Redazione**
Carlo Rizzo

# FASCICOLO N. 3/2024

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Chiara Cudia, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Sveva Bocchini, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Beatrice Coppa, Giuseppe Doria, Manuel Delgado Iribarren, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Giuseppina Lofaro, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Benedetta Piazza, Marcin Princ, Sara Pugliese, Bianca Nicla Romano, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Stefania Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.


ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

# I principi di digitalizzazione nei contratti pubblici. Le maggiori novità, le criticità e i punti di forza della nuova tecnica legislativa per principi nel *digital*

## di Maria Chiara Pollicino

(Avvocata, Dottoranda di ricerca in legalità, culture politiche e democrazia, profilo di diritto amministrativo, presso l'Università degli Studi di Perugia)

## Sommario

1. Premessa: la digitalizzazione degli appalti nell'attuale contesto politico, economico e normativo. Gli antefatti storici ai principi del digitale nel nuovo codice. 2. L'importanza dei principi del nuovo codice (non solo dei "super principi"). 3. I principi del digitale: la centralità dell'art. 19 quale norma di sintesi. 4. Un ulteriore caposaldo: la trasparenza. 5. Le procedure automatizzate: un'attuazione del principio di neutralità tecnologica. 6. Conclusioni: riflessioni sulla scelta di una simile tecnica di legislazione nel digitale: i vantaggi e gli svantaggi. Le difficoltà sottese al bilanciamento dei *digital principles.*

## Abstract

The paper aims to provide an overview of the principles of digital matters within the framework of the new code of public contracts, adopted in 2023. Once this operation of reconstruction and synthesis is completed, it seeks to answer two main research questions: i) the first concerns what new aspects, if any, exist compared to the previous regulations; ii) what are the advantages and disadvantages of the new discipline.

** Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*


ISSN 2036-7821

***1. Premessa: la digitalizzazione degli appalti nell'attuale contesto politico, economico e normativo. Gli antefatti storici ai principi del digitale nel nuovo codice.*** Prima di entrare nel vivo dei principi del digitale, è opportuno dare conto dell'*excursus* storico-economico-legislativo che ha portato a considerare il fenomeno della digitalizzazione come un caposaldo della materia dei contratti pubblici, tale da dover ricoprire un ruolo di protagonista anche nell'ambito del nuovo codice. Il perché di tale interesse va rintracciato, in primo luogo, in cause esterne al mondo del diritto. Ci si riferisce alla rapida evoluzione tecnologica, con l'introduzione nel mercato di soluzioni adatte ai contratti pubblici, tra cui le tecnologie basate su *blockchain*, l'intelligenza artificiale, il *Building Information Modeling* (BIM) etc. In secondo luogo, delle ragioni possono essere rinvenute anche all'interno dell'universo giuridico, alla luce dei numerosi sviluppi normativi (legislativi, amministrativi, di *soft law* e giurisprudenziali) che interpretano la digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche come un importante *driver* di modernizzazione e sviluppo economico[1]. Proprio nel descritto contesto, è emerso il concetto di *e-procurement* nel lessico giuridico italiano, definito come l'"ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale" dal codice[2]. La crescente attenzione all'*e-procurement*, che è stata sia registrata che promossa dal Codice, può essere attribuita, in parte, anche all'emergenza sanitaria globale causata dalla pandemia di COVID-19. Il sopraggiungere della pandemia nel 2020 ha innescato molteplici processi di trasformazione a livello istituzionale, sociale, economico e tecnologico. Tra questi cambiamenti, il ricorso diffuso alla telematica da parte della società civile e delle amministrazioni pubbliche è stato notevole (perché necessitato[3], quale rimedio all'adozione delle misure di *lockdown*)[4].

[1] Cfr. D.U. GALETTA, *Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione (Il procedimento amministrativo fra diritto UE e tecnologie ICT)* in Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale, a cura di R. Cavallo Perin, D.U. Galetta, Torino, 2020; F. CONTE, *La trasformazione digitale della pubblica amministrazione: il processo di transizione verso l'amministrazione algoritmica*, in www.federalismi.it, 11, 2023.

[2] G. RACCA, *La digitalizzazione dei contratti pubblici: adeguatezza delle pubbliche amministrazioni e qualificazione delle imprese*, in Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale, a cura di R. Cavallo Perin, D.U. Galetta, Torino, 2020; L. TORCHIA, *I contratti pubblici e l'e-procurement*, in Lo Stato Digitale, Bologna, 2023.

[3] E. CARLONI, *Tendenze recenti e nuovi principi della digitalizzazione pubblica*, in Giorn.Dir. Amm., 2015, n. 2, pp. 148-157.

[4] L'Annual Report di Forum PA del 2021 sembra confermare che la pandemia abbia giocato un ruolo fondamentale nella spinta verso la trasformazione digitale. I dati presentati nel rapporto sono piuttosto eloquenti: solo nel corso del 2020, il numero di identità digitali SPID è cresciuto da 5,4 a 15,4 milioni, le transazioni effettuate tramite PagoPA sono passate da 81,7 a oltre 165 milioni, e l'app IO ha superato i 9 milioni di download. Inoltre, il numero di comuni inclusi nell'Anagrafe nazionale della popolazione residente è aumentato da 5.310 a oltre 7.000, con ben 54,6 milioni di cittadini registrati nell'anagrafe unica. Questa accelerazione è stata percepita anche dalla popolazione, come evidenziato da un'indagine condotta da Forum PA, in cui il 57% degli intervistati ritiene che la pubblica amministrazione sia ora "più orientata al digitale" rispetto al periodo precedente alla pandemia. Inoltre, si è notato un miglioramento nella facilità e nella velocità di accesso ai servizi pubblici. Un fattore chiave di supporto a questo processo di digitalizzazione nella pubblica amministrazione sono stati i numerosi provvedimenti governativi studiati appositamente. Ad esempio, i decreti Cura Italia e Semplificazioni hanno


ISSN 2036-7821

In questo contesto di profonda precarietà, alla luce delle gravi conseguenze prodotte dalla crisi sanitaria, l'Unione europea ha introdotto uno strumento giuridico e finanziario innovativo noto come il Dispositivo di ripresa e resilienza (*Recovery and Resilience Facility* - RFF) nell'ambito del *Next Generation EU* (NGEUOgni Stato membro è stato chiamato a elaborare un Piano nazionale per la ripresa e la resilienza (PNRR), che definisce un pacchetto di riforme e investimenti per il periodo 2021-2026. )[5]. Il PNRR rappresenta il programma di ausili pubblici più significativo per l'Europa dalla Seconda guerra mondiale[6]. Il PNRR dell'Italia, approvato definitivamente il 13 luglio 2021, contiene ambiziosi obiettivi relativi alla transizione digitale dell'amministrazione pubblica, con un'attenzione particolare all' *e-procurement*[7]. Pertanto, non sorprende che, quasi all'unanimità, nei primi commenti che hanno seguito l'approvazione del nuovo codice, venga evidenziata la stretta correlazione tra la nuova disciplina degli appalti e il PNRR[8]. In ogni caso, è importante sottolineare che la digitalizzazione non era una novità neanche prima del PNRR per il settore dei contratti pubblici[9]. Già le ben note direttive europee sugli

apportato significative modifiche al Codice dell'Amministrazione Digitale (CAD). Inoltre, il decreto Rilancio ha istituito il "Fondo per l'Innovazione Tecnologica e la Digitalizzazione" per promuovere la trasformazione digitale della PA. Non bisogna dimenticare neanche il Piano triennale per l'informatica nella pubblica amministrazione 2020-2022.

[5] P. CLARIZIA – G. SGUEO, *Lo stato digitale nel PNRR: la digitalizzazione come necessità trasversale*, IRPA, 2021, https://www.irpa.eu/lo-stato-digitale-nel-pnrr-la-digitalizzazione-come-necessita-trasversale/ sottolineano che: «*Il 27% delle risorse del Piano nazionale di ripresa e resilienza sono dedicate alla transizione digitale, sviluppata lungo due assi principali: la banda ultra-larga e la trasformazione della PA in chiave digitale. Altri interventi sono destinati dal Piano all'innovazione digitale di infrastrutture, il fisco, la sicurezza, la sanità pubblica, il turismo e la cultura, il sistema scolastico e la ricerca universitaria. L'Osservatorio avvia con questo post una nuova serie di interventi in cui propone una prima ricognizione dei principali interventi di digitalizzazione del PNRR, del loro impatto sulle amministrazioni, dei tempi di realizzazione e – quando possibile – del confronto con misure analoghe adottate da altri paesi europei. In questo post presentiamo il ruolo della digitalizzazione nell'ambito del Piano*».

[6] M. CLARICH, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in Corr. giur., 8-9, 2021, spec. 1027; F. FABBRINI, *Next Generation EU, Il futuro di Europa e Italia dopo la pandemia*, Bologna, 2022; C. BENETAZZO, *Gli appalti pubblici nel PNRR tra semplificazione e prevenzione della corruzione*, in federalismi.it, 29, 2021, pp. 122 e ss.; R. L. PERFETTI, *Derogare non è semplificare. Riflessioni sulle norme introdotte dai decreti semplificazioni ed in ragione del PNRR nella disciplina dei contratti pubblici*, in Urb. e app., 4, 2022, pp. 441 e ss.

[7] Per approfondire, si veda: N. PARISI, *Il modello internazionale ed europeo di prevenzione della corruzione pubblica*, in La vigilanza e la procedura di irrogazione delle sanzioni amministrative, a cura di A. Cagnazzo, S. Toschei, F. Tuccari, Milano, 2021.

[8] C.F. FERRARI, G. MORBIDELLI, *Codice dei contratti pubblici 2023*, commentato articolo per articolo, Milano 2023; G.F. CARTEI, D. IARIA, *Commentario al nuovo Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023; L.R. PERFETTI, *Codice dei contratti pubblici commentato*, Vicenza, 2023.

[9] P. CLARIZIA – G. SGUEO, *Lo stato digitale nel PNRR: la digitalizzazione come necessità trasversale*, Roma, 2021 ove si segnala che, sebbene il tema del digitale non costituisse una novità: *"(c)i sono in particolare tre fattori che hanno inciso più di altri sul ritardo del nostro paese all'appuntamento con il digitale: (1) lo stato dell'infrastrutturazione digitale; (2) l'erogazione dei servizi pubblici digitali; (3) le competenze e la formazione nelle materie tecnologiche. La transizione digitale rappresenta dunque una necessità trasversale che caratterizza ogni aspetto del più importante atto di pianificazione che ha interessato il nostro paese negli ultimi decenni".*


ISSN 2036-7821

appalti pubblici e i contratti di concessione del 2014, e la normativa nazionale precedente al nuovo Codice contenevano numerose disposizioni dedicate alla digitalizzazione del settore[10].

## *2. L'importanza dei principi del nuovo codice (non solo dei super principi).*

Il nuovo Codice degli appalti pubblici incide profondamente sul quadro previgente[11]. Esso attua un cambio di rotta, *in primis*, dal punto di vista teorico, dettando molteplici principi di ampio respiro e che sembrano, almeno sulla carta, innovativi[12].

I principi[13] permeano tutto l'impianto codicistico: difatti, accanto ai noti super principi (risultato[14], fiducia[15] e accesso al mercato)[16], richiamati nei primi articoli del

[10] Queste normative includono il Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione (MEPA) per gli affidamenti al di sotto della soglia europea, nonché numerose disposizioni del Decreto Legislativo n. 50/2016 (CCP), specialmente dopo le modifiche apportate dal Decreto semplificazione 2 del 31 maggio 2021, convertito con modifiche dalla Legge n. 108 del 29 luglio 2021. Tra tutte queste disposizioni, vanno menzionate in particolare quelle relative agli strumenti telematici di negoziazione, nonché le disposizioni riguardanti il BIM, l'uso di mezzi di comunicazione elettronici e la trasmissione telematica di avvisi e bandi per la pubblicazione in sede europea e alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici.

[11] L.R. PERFETTI, *Codice dei contratti pubblici commentato*, Vicenza, 2023: nell'opera citata viene evidenziata, già nell'introduzione, la discontinuità del nuovo codice rispetto al precedente, mettendo in luce la differenza nell'impostazione di fondo orientata, nel caso della precedente disciplina, ad una rigidità e ad un estremo tecnicismo.

[12] Cfr. G. MORBIDELLI, *Introduzione ad un dibattito sui principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici* in Atti del Convegno CESAFIN, Firenze, 14 aprile 2023. A.M. CHIARIELLO, *Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici*, in Dir. econ., 2023, 144; G. NAPOLITANO, *Committenza pubblica e principio del risultato* in Atti del Convegno «*Il nuovo codice degli appalti – La scommessa di un cambio di paradigma: dal codice guardiano al codice volano*?» Roma, 27 gennaio 2023 disponibili in www.astrid-online.it. In particolare, l'Autore evidenzia che, al contrario del legislatore italiano, quello francese, aveva già recepito tale visione nel Code de la commande publique. Per approfondire ulteriormente relativamente al Code de la commande publique cfr. N. GABAYET, *Les principles du droit des contrats publics en France*, in www.ius-publicum.com, 2019.

[13] Tra i più discussi vi sono i c.d. super principi (cfr. Si veda F. CINTIOLI, *Per qualche gara in più. Il labirinto degli appalti pubblici e la ripresa economica*, Soveria Mannelli, 2020; A. SAITTA, *I criteri interpretativi: risultato, fiducia e accesso al mercato*, Commentario al nuovo Codice a cura del Sole 24 Ore, 2023). Il primo dei super principi è il principio del risultato, disciplinato all'art. 1, comma 1, del Codice. Il principio del risultato è volto a far sì che l'affidamento del contratto e la sua esecuzione siano effettuati con la massima tempestività e il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza. Al citato principio dovrebbero essere sotto-ordinati tutti gli altri. Molti autori, difatti, hanno commentato osservando che, nella vigenza del precedente codice, si riconosceva un'eccessiva importanza ai principi euro-unitari di trasparenza e di concorrenza e non tenendo nella dovuta considerazione l'interesse coessenziale all'esercizio delle funzioni pubbliche, ossia quello di assegnare l'appalto. Il secondo dei super principi che occorre sinteticamente analizzare è il principio della fiducia; esso incarna l'obiettivo di «accentuare e incoraggiare lo spazio valutativo e i poteri di iniziativa delle stazioni appaltanti, per contrastare, in un quadro di rinnovata fiducia verso l'azione dell'amministrazione, il fenomeno della cd. "burocrazia difensiva", che può generare ritardi o inefficienze nell'affidamento e nell'esecuzione dei contratti». L'ultimo dei principi sovrani è quello dell'accesso al mercato; esso contiene, al suo interno, i tradizionali valori della concorrenza, imparzialità, trasparenza, proporzionalità. La dottrina ha sottolineato che quest'ultimo svolge una funzione di tipo complementare rispetto agli altri due, criticando, peraltro, tale scelta legislativa.

Già dalla breve enunciazione dei richiamati principi si rende palese il cambio di rotta, rispetto alla normativa previgente: si tende a rinunciare ad una certa controllabilità dei funzionari delle Stazioni appaltanti al fine di


ISSN 2036-7821

codice e già oggetto di rilevanti e copiose riflessioni dottrinali[17], vi sono ulteriori principi, come quelli sulla digitalizzazione, che si rinvengono nella parte II del libro I, e che meritano, al pari dei primi, attenzione[2].

L'importanza delle norme generali nell'ideazione del nuovo codice emerge anche dalla scelta di topografia normativa: in questo senso la Commissione speciale costituita presso il Consiglio di Stato[14], e poi il Legislatore delegato, hanno collocato le stesse– diversamente da quanto accadeva con il d.lgs. n. 50/2016 – proprio nella prima parte del codice.

L'"investimento" massiccio alla tecnica normativa per i principi costituisce una novità su cui vale la pena indagare.

Le ragioni alla base di tale ampio ricorso ai principi generali si possono ricavare, con buona probabilità, tenendo in considerazione il complesso quadro normativo che ha da sempre caratterizzato il settore della contrattualistica pubblica, denso di regole di dettaglio, nel quale l'esistenza di un sistema solido di principi potrebbe fungere da criterio di orientamento privilegiato del giurista e aiutarlo nella risoluzione delle questioni che sorgono di fronte alla varietà di possibili fattispecie concrete[18]; i

---

garantire una più efficiente svolgimento delle attività di gara, così da promuovere l'ottenimento del risultato (di assegnare il contratto, e così realizzare l'opera o l'acquisto), in base al più ampio margine di discrezionalità riconosciuto alla stazione appaltante.

In questo senso, il nuovo Codice dà prova di un nuovo approccio di legiferare, meno attento ai dettagli tecnici e più conforme al principio, di carattere davvero generale, che permea tutte le aree del diritto. In questo senso, si potrebbe dire che il procedimento amministrativo stia diventando sempre più ispirato ai canoni civilistici, nel qual ambito è affermata la regola della libertà delle forme.

[14] Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 27 febbraio 2024 n. 1924 in www.eius.it. Nella richiamata pronuncia si evidenzia che il principio del risultato sembrerebbe essere sovraordinato rispetto agli altri: «(*l)'art. 1 è collocato in testa alla disciplina del nuovo codice dei contratti pubblici ed è principio ispiratore della stessa, sovraordinato agli altri. Si tratta di un principio considerato quale valore dominante del pubblico interesse da perseguire attraverso il contratto e che esclude che l'azione amministrativa sia vanificata ove non si possano ravvisare effettive ragioni che ostino al raggiungimento dell'obiettivo finale che è: a) nella fase di affidamento giungere nel modo più rapido e corretto alla stipulazione del contratto; b) nella fase di esecuzione (quella del rapporto) il risultato economico di realizzare l'intervento pubblico nei tempi programmati e in modo tecnicamente perfetto*».

[15] E. CARLONI, *Verso il paradigma fiduciario? Il principio della fiducia nel nuovo codice dei contratti pubblici e le sue implicazioni*, in "Diritto pubblico, Rivista fondata da Andrea Orsi Battaglini", 1, 2024, pp. 131-162.

[16] La Relazione illustrativa al Codice definisce i super principi come essenziali alla luce del rinnovato quadro e ne evidenzia il ruolo di rottura rispetto alla previgente normativa. Più specificamente, si sottolinea «*[…] in questo rinnovato quadro normativo, […] l'innovativa introduzione dei principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato (la cui pregnanza è corroborata dalla stessa scelta sistematica di collocarli all'inizio dell'articolato) i quali, oltre a cercare un cambio di passo rispetto al passato, vengono espressamente richiamati come criteri di interpretazione delle altre norme del codice e sono ulteriormente declinati in specifiche disposizioni di dettaglio […]* »

[17] F. SAITTA, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in www.giustiziainsieme.it , 8 giugno 2023.

[18] Cfr. G. ROVELLI, Introduzione al *nuovo codice dei contratti pubblici. I principi nel nuovo codice degli appalti pubblici e la loro funzione regolatoria*, in Giustizia Amministrativa, 2023, disponibile al seguente indirizzo IP https://www.giustizia-amministrativa.it/-/158189-23. In particolare, l'Autore evidenzia che: «oggi, più che mai, serve orientarsi con i principi laddove le regole sono diventate talmente tante da far perdere la bussola al migliore dei naviganti. Ed ecco perché il nuovo Codice dei contratti pubblici si apre con i principi».


ISSN 2036-7821

principi, difatti, sono strumenti preziosi sia in sede di interpretazione della norma[19] sia ai fini di risoluzione delle antinomie[20].
La volontà di realizzare una normazione fondata su una gerarchia tra principi e norme di dettaglio emerge nettamente dall'approccio in tema di digitalizzazione dei contratti pubblici. In questo senso, il legislatore ha elaborato, anche in tale ambito, delle norme che contengono una sintesi di quelli che sono i criteri guida del digitale e che, probabilmente, saranno suscettibili di applicazione anche al di fuori dello specifico campo della contrattualistica. Tra le norme più rilevanti si possono richiamare gli articoli 19, 20 e 30 del Codice, rispettivamente rubricati: i «Principi e diritti digitali»; «Principi in materia di trasparenza»; l'«Uso di procedure automatizzate nel ciclo di vita dei contratti pubblici».

### *3. I principi del digitale: la centralità dell'art. 19 quale norma di sintesi.*

Come evidenziato in dottrina, il legislatore del 2023 riconosce alla digitalizzazione un ruolo di protagonista[21], sebbene la parte ad essa dedicata sia entrata in scena in un secondo momento (le norme sulla digitalizzazione sono entrate in vigore il 1° gennaio 2024[22]). L'importanza riconosciuta al digitale si deduce anche dalla scelta topografica: difatti, il legislatore ha collocato i principi che governano quest'ultimo tra le prime norme del codice (nel libro I, parte II). Va considerato, inoltre, che le

[19] Sulla rilevanza ermeneutica dei principi generali si vedano: Modugno, Principi generali dell'ordinamento, in Enciclopedia giuridica Treccani, XXIV, Roma, 1991, pp. 1 ss.; Id., Principi e norme. La funzione limitatrice dei principi e i principi supremi o fondamentali, in Modugno (a cura di), Esperienze giuridiche del '900, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 85 ss.; Irti, Un diritto incalcolabile, Giappichelli, Torino, 2016, p. 62, secondo cui «(e)spliciti o impliciti che siano i principi sono norme di grado superiore, nel senso che non descrivono, appunto perché generali una conchiusa classe di fatti, ma generano "una serie indeterminata di ipotesi, ciascuna delle quali è suscettibile di venire assunta a formare altrettanto fattispecie diverse».

[20] Cfr. Relazione illustrativa della Commissione speciale del Consiglio di Stato «*Nell'ambito di tale sistema, i principi rendono intellegibile il disegno armonico, organico e unitario sotteso al codice rispetto alla frammentarietà delle sue parti, e consentono al tempo stesso una migliore comprensione di queste, connettendole al tutto (cfr. Cons. Stato, Ad. plen. 7 maggio 2013, n. 13). I principi generali di un settore esprimono, infatti, valori e criteri di valutazione immanenti all'ordine giuridico, che hanno una "memoria del tutto" che le singole e specifiche disposizioni non possono avere, pur essendo ad esso riconducibili. I principi sono, inoltre, caratterizzati da una prevalenza di contenuto deontologico in confronto con le singole norme, anche ricostruite nel loro sistema, con la conseguenza che essi, quali criteri di valutazione che costituiscono il fondamento giuridico della disciplina considerata, hanno anche una funzione genetica ("nomogenetica") rispetto alle singole norme*».

[21] F. CARINGELLA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: riforma o rivoluzione?* 2023 in www.giustizia-amministrativa.it e G. NAPOLITANO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in Giornale di diritto amministrativo, 2023, 3, p. 287 e ss.

[22] In realtà, vi sono delle norme la cui entrata in vigore è stata ulteriormente differita. A titolo di esempio, per gli affidamenti diretti di importo inferiore a 5.000 euro, l'obbligo di ricorrere alle piattaforme certificate si applica a partire dal 1° ottobre 2024. Ancora, è rinviata al 30 giugno 2024 l'entrata in vigore delle norme relative alla verifica dell'autenticità della garanzia fideiussoria, le norme sulla qualificazione delle stazioni appaltanti, le norme sulle sanzioni in caso di omessa trasmissione alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici. Ancora, entreranno in vigore, solo a partire dal 1° gennaio 2025, le disposizioni sull'obbligo di applicazione della metodologia BIM per le gare d'appalto con importo superiore a 1 milione di euro.


ISSN 2036-7821

disposizioni sulla digitalizzazione trovano un ambito di applicazione molto ampio per almeno due ordini di ragioni: in primo luogo, si applicano ad ogni tipologia di contratto di appalto o di concessione, qualsivoglia sia l'importo, tanto nei settori ordinari tanto nei settori speciali; in secondo luogo, riguardano l'intero "ciclo di vita dei contratti pubblici"[23], quindi anche le attività di natura amministrativa non contrattuale nonché la fase esecutiva.

Pertanto, con la novella, tutte le fasi della contrattualistica pubblica sono in digitale, assistendosi così al definitivo tramonto dei cicli di vita misti (in parte cartacei, in parte digitali).

L'enucleazione di principi del digitale è una peculiarità del nuovo codice (ciò non significa, naturalmente, che nel precedente codice del 2016 non vi fossero delle disposizioni in materia di digitalizzazione[24]). Questi ultimi sono molteplici e si rinvengono, oltre che nella prima parte, in diverse collocazioni all'interno del Codice. Ciononostante, una buona sintesi di tutti i principi rilevanti in materia si rinviene all'articolo 19, che apre la parte ad essi dedicata. In questo senso, si può affermare che il 19 sia la più completa norma di sintesi dei vari principi che governano la materia.

Il primo comma dell'art. 19 si riferisce, in primo luogo, ai diritti di cittadinanza digitale[25], che si identificano come l'insieme dei diritti del cittadino all'interno di una società tecnologica. Si tratta di una locuzione già presente nel vocabolario legislativo: difatti, il concetto di cittadinanza digitale o di diritti digitali trovava già prima della novella un addentellato normativo nel codice dell'amministrazione digitale (il c.d. CAD[26]), laddove riconosce il diritto all'accesso e all'utilizzo degli strumenti tecnologici nei rapporti con l'amministrazione.

---

[23] Al ciclo di vita dei contratti pubblici è dedicato l'art. 21 del codice che spiega che per ciclo di vita si intendono le varie fasi cui è sottoposta la contrattualistica pubblica; esse sono: programmazione, progettazione, pubblicazione, affidamento ed esecuzione.

[24] Tuttavia, le stesse non ebbero, in verità molta fortuna. Difatti, la digitalizzazione era stata disciplinata precedentemente nel codice del 2016, in materia di "Digitalizzazione delle procedure". Tale disposizione stabiliva che entro un anno dalla data di entrata in vigore del codice precedente, sarebbero state definite, mediante un decreto del Ministro per la Semplificazione e la Pubblica Amministrazione, in collaborazione con il Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti e il Ministro dell'Economia e delle Finanze, con l'audizione dell'Agenzia per l'Italia Digitale (AGID) e dell'Autorità Garante della Privacy, ciascuno per i profili di competenza, le modalità di digitalizzazione delle procedure per tutti i contratti pubblici, anche attraverso l'interconnessione per l'interoperabilità dei dati delle pubbliche amministrazioni. Questa disposizione però fu attuata con notevole ritardo, tramite il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 12 agosto 2021, n. 148.

[25] Invero, il concetto di cittadinanza digitale o di diritti digitali, trovava già un addentellato normativo nel CAD, che riconosce il diritto all'uso delle tecnologie. L'art. 3 prevede che "*Chiunque ha il diritto di usare, in modo accessibile ed efficace, le soluzioni e gli strumenti di cui al presente Codice nei rapporti con i soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, anche ai fini dell'esercizio dei diritti di accesso e della partecipazione al procedimento amministrativo, fermi restando i diritti delle minoranze linguistiche riconosciute*". Per approfondire in dottrina si veda G. PASCUZZI, *La cittadinanza digitale*, in il Mulino, Rivista trimestrale di cultura e di politica, 3, 2022, pp. 65-73.

[26] L'art. 3 prevede del CAD prevede che «*Chiunque ha il diritto di usare, in modo accessibile ed efficace, le soluzioni e gli strumenti di cui al presente Codice nei rapporti con i soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, anche ai fini dell'esercizio dei*


ISSN 2036-7821

Sempre al primo comma del 19 si rinviene l'affermazione del principio di neutralità tecnologica[27]; esso implica che non bisogna predeterminare la scelta tecnologica che le pubbliche amministrazioni devono compiere, lasciandole libere di scegliere, volta per volta, la tecnologia o il *mix* di tecnologie più adeguate. L'amministrazione è libera di adoperare qualsiasi tecnologia, anche quelle più avanzate, purché ciò avvenga all'interno delle cornici legali poste all'azione amministrativa. Tra queste cornici legali si debbono considerare le ulteriori norme sottese alla realizzazione dell'integrale digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici: *in primis*, i dati che alimentano le piattaforme informatiche utilizzate a tal fine dovranno essere standardizzati[28]; *in secundis*, le piattaforme informatiche utilizzate sono soltanto quelle che ottengano l'autorizzazione da parte dell'Agenzia per l'Italia Digitale (l'Agid).

Il principio di neutralità tecnologica, invero nominato solo nell'ambito dell'art. 19, non rinvenendosi in altre disposizioni del codice, appare in perfetta armonia con uno dei super-principi, il principio del risultato, in quanto tramite lo stesso si sottolinea l'importanza della discrezionalità della amministrazione, la quale deve scegliere lo strumento migliore per realizzare l'obiettivo dell'efficienza.

Inoltre, il principio di neutralità tecnologica trova piena attuazione nella previsione, contenuta nell'art. 30 del nuovo codice, che si occupa dell'uso di procedure automatizzate. Difatti, l'art. 30, come si vedrà in modo più approfondito nel prosieguo, riconosce alla stazione appaltante la possibilità di avvalersi di intelligenze artificiali, andando così a ribadire, ancora una volta, la libertà nella scelta strumentale[29].

---

*diritti di accesso e della partecipazione al procedimento amministrativo, fermi restando i diritti delle minoranze linguistiche riconosciute*».

[27] cfr. G. CARLOTTI, *I principi nel Codice dei contratti pubblici: la digitalizzazione*, in Giustizia amministrativa, Studi e approfondimenti, 2023, https://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/-/carlotti-i-principi-nel-codice-dei-contratti-pubblici-la-digitalizzazione).

[28] B. PONTI, *Tre scenari di digitalizzazione amministrativa "complessa": dalla interoperabilità predicata alla standardizzazione predicata,* in Istituzioni del Federalismo, 3, 2024, pp.599-622. L'autore evidenzia che: «*Il quadro normativo e le opzioni strategiche impostate con il PNRR paiono quindi indirizzare una digitalizzazione complessa (quella, cioè, che attiene alla integrazione tendenzialmente automatizzata delle operazioni di back office) non più solo predicata ma anche concretamente praticabile e praticata. Va però sottolineato che l'adeguamento al paradigma della standardizzazione e dell'interoperabilità non è per le amministrazioni "a costo zero"; esso implica non solo costi diretti (investimenti per infrastrutture, sistemi, software e aggiornamento/adattamento del personale) ma anche una sfida culturale di non poco momento. Sotto questo profilo, la spinta ed il carburante fornito dal PNRR risultano fondamentali: si tratterà quindi di fare in modo di spendere tutte le risorse rese disponibili, ed anche verificare (in corso d'opera) che tali stanziamenti risultino sufficienti allo scopo (e, se del caso, integrarli). Infatti, la trappola dell'invarianza di spesa è sempre dietro l'angolo*».

[29] Ovviamente, le regole sull'utilizzo delle intelligenze artificiali da parte dell'amministrazione sono ulteriormente incise dall'avvento del nuovo regolamento europeo sull'intelligenza artificiale. Il testo del regolamento è disponibile al seguente link: www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2023-0188-AM-808-808_IT.pdf. È stata pubblicata anche la versione in lingua inglese del "corrigendum" (www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0138-FNL-COR01_EN.pdf), adottato in base all'art. 241 del regolamento del Parlamento europeo per rettificare errori. In dottrina si veda F. FERRI, *Il giorno dopo la*


ISSN 2036-7821

Ancora, sempre il primo comma menziona la sicurezza informatica e la protezione dei dati personali. Il legislatore, collocando questi valori l'uno accanto all'altro, pone in luce lo stretto rapporto che vi è tra la c*yber security* e la protezione del dato personale, rapporto che emerge anche dalla normativa fondamentale in materia di *privacy*, il GDPR[30]. Sempre con riferimento alla sicurezza informatica, al comma 5 dell'articolo in commento, viene specificato che la stessa deve essere garantita dalle medesime stazioni appaltanti attraverso l'adozione di specifici strumenti tecnici nonché tramite la formazione di personale specializzato. La norma appare di pregio perché mette in luce la necessità non solo della creazione di nuovi strumenti tecnici informatici, ma della formazione di un personale che possa sfruttare tali strumenti. Al secondo comma dell'art. 19, si rinviene un principio che rappresenta una novità rispetto al previgente codice, il principio dello "*once only*", secondo il quale i dati devono essere forniti una sola volta a un solo sistema informativo. Il principio è strettamente connesso al funzionamento dei meccanismi di interoperabilità delle banche dati tra le Pubbliche amministrazioni: i dati forniti ad una certa amministrazione devono essere messi a disposizione delle altre amministrazioni, così alleggerendo l'onere di produzione di documenti/informazioni a carico del cittadino, rendendo più agile l'azione amministrativa. La norma si pone in armonia con le recenti modifiche apportate al Codice dell'amministrazione digitale. Al riguardo, in attuazione del PNRR, si è previsto, con l'art. 50 ter del Codice dell'amministrazione digitale, lo sviluppo di una piattaforma che renda possibile l'interoperabilità, Piattaforma Digitale Nazionale Dati (PDND). Gli enti, dunque, come esplicitato dal comma 4, dovranno farsi carico di realizzare l'interoperabilità, modificando i propri regolamenti interni. Ciò avrà luogo principalmente, da un punto di vista tecnico, tramite la creazione di interfacce operative, le c.d. API.

### *4. Un ulteriore caposaldo: la trasparenza.*

L'art. 19 stesso richiama anche il valore fondamentale della trasparenza, che, tuttavia, trova migliore e specifica disciplina, come si vedrà tra un attimo, negli articoli seguenti.

La trasparenza[31] è un principio cardine del diritto amministrativo[32] che implica la conoscibilità e la comprensibilità da parte dei cittadini di tutto ciò (dati, informazioni

*rivoluzione: prospettive di attuazione del regolamento sull'intelligenza artificiale e poteri della Commissione europea*, in Quaderni AISDUE, 2, 2024.

[30] Tale stretto legame tra la disciplina della *privacy* e *cyber security*, consacrata in numerose norme del GDPR, è ulteriormente confermato dal protocollo di intesa, sottoscritto il 26 gennaio 2022, tra il Garante privacy e Agenzia per la cybersecurity nazionale.

[31] E. CARLONI, Alla luce del sole. *Trasparenza amministrativa e prevenzione della corruzione*, in Diritto amministrativo, 3, 2019, pp. 497 ss. Nonché R. CANTONE-E. CARLONI, *Corruzione e anticorruzione*. Dieci lezioni, Milano, 2018.


ISSN 2036-7821

etc.) che è sotteso all'azione pubblica[33]. Il dato o l'informazione non devono essere solo resi disponibili ma anche presentati in modo tale da essere compresi dal cittadino. La necessità di garantire la trasparenza è particolarmente evidente nell'ambito dei contratti pubblici, settore nel quale sono impiegate consistenti risorse pubbliche. Alla trasparenza il nuovo codice dedica due principali articoli: l'art. 20 e l'art. 28[34].

Un primo profilo di novità della nuova disciplina si rintraccia nel fatto che, mentre il previgente art. 29 faceva riferimento a "tutti gli atti", l'art. 20 menziona "i dati, le informazioni e gli atti". Quindi, l'oggetto dell'attuale norma è più ampio. Un secondo profilo riguarda le modalità di pubblicazione, disciplinate dall'art. 28: la nuova disciplina espressamente prevede che le stazioni appaltanti garantiscano il collegamento della propria Sezione Amministrazione Trasparente alla Banca Dati Nazionale dei contratti pubblici, gestita dall'Anac. Ciò implica che «*il dato "originale" è quello inviato ad ANAC e non più quello indicato, come un tempo, nella predetta Sezione dalla stazione appaltante. In questo modo, incombe sull'ANAC assicurare la tempestiva pubblicazione dei dati ricevuti, con la conseguenza che – per espressa disposizione normativa (art 28 c. 3) – gli effetti giuridici della pubblicazione decorrono da quella della banca dati ANAC*»[35]. Nell'ipotesi in cui l'amministrazione non proceda alla pubblicazione dei

---

[32] La trasparenza trova il suo più rilevante riconoscimento nell'ambito del D.lgs. n. 33/2013, c.d. decreto trasparenza, che ne afferma la centralità negli ordinamenti democratici in quanto «*(…) concorre ad attuare il principio democratico e i principi costituzionali di eguaglianza, di imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza nell'utilizzo di risorse pubbliche, integrità e lealtà nel servizio alla nazione. Essa è condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali, integra il diritto ad una buona amministrazione e concorre alla realizzazione di una amministrazione aperta, al servizio del cittadino*». B. PONTI, *Il regime dei dati oggetto di pubblicazione obbligatoria: i tempi, le modalità ed i limiti della diffusione; l'accesso civico; il diritto di riutilizzo*, in B. Ponti (a cura di), La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, Rimini, 2013.

[33] Per approfondire si veda E. CARLONI, *Il paradigma trasparenza*, Bologna, 2022, p. 12 secondo cui la trasparenza è, al tempo stesso, «*condizione di garanzia dei diritti, parte della buona amministrazione, pilastro dell'anticorruzione, componente di un'amministrazione aperta, presupposto della partecipazione del cittadino*».

[34] Nel codice previgente esisteva già una norma *ad hoc* in materia di trasparenza, l'art. 29, mentre non esisteva nel codice del 2006. Sotto questo profilo, il nuovo codice, dunque, si pone in linea di continuità con il precedente. L'articolo 29 prevedeva, così come modificato dall'art. 53, comma 5, lettera a), sub. 1), legge n. 108 del 2021 che: "Tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione di lavori, opere, servizi e forniture, nonché alle procedure per l'affidamento e l'esecuzione di appalti pubblici di servizi, forniture, lavori e opere, di concorsi pubblici di progettazione, di concorsi di idee e di concessioni, compresi quelli tra enti nell'ambito del settore pubblico di cui all'articolo 5, alla composizione della commissione giudicatrice e ai curricula dei suoi componenti, ove non considerati riservati ai sensi dell'articolo 53 ovvero secretati ai sensi dell'articolo 162, devono essere pubblicati e aggiornati sul profilo del committente, nella sezione "Amministrazione trasparente" con l'applicazione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33. Nella stessa sezione sono pubblicati anche i resoconti della gestione finanziaria dei contratti al termine della loro esecuzione con le modalità previste dal decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33. Gli atti di cui al presente comma recano, prima dell'intestazione o in calce, la data di pubblicazione sul profilo del committente. Fatti salvi gli atti a cui si applica l'articolo 73, comma 5, i termini cui sono collegati gli effetti giuridici della pubblicazione decorrono dalla pubblicazione sul profilo del committente".

[35] I.VALENTINO, *I nuovi obblighi di trasparenza in materia di appalti: tra legge 190/2012 e nuovo codice dei contratti pubblici, d.lgs. n. 36 del 2023* in Cammino Diritto, Rivista di informazione giuridica, vol.2 del 2024, 22 febbraio 2024.


ISSN 2036-7821

dati, ai cittadini, come nel passato, è riconosciuto il diritto di attivare lo strumento dell'accesso civico, strumento precipuamente volto all'ostensione dei dati nei casi in cui l'obbligo di pubblicazione non è stato assolto. Deve pure tenersi in considerazione che in questa materia trova applicazione l'istituto dell'accesso civico generalizzato[36], esso costituisce il secondo strumento (oltre alla pubblicazione) mediante il quale attuare il principio di trasparenza. Sul punto, è opportuno richiamare la giurisprudenza amministrativa[37] che, sulla disciplina dell'accesso civico generalizzato in materia di appalti, aveva evidenziato «*fermi i divieti temporanei e/o assoluti di cui all'art. 53 del d. lgs. n. 50 del 2016, è applicabile anche agli atti delle procedure di gara e, in particolare, all'esecuzione dei contratti pubblici, non ostandovi in senso assoluto l'eccezione del comma 3 dell'art. 5-bis del d. lgs. n. 33 del 2013 in combinato disposto con l'art. 53 e con le previsioni della l. n. 241 del 1990, che non esenta in toto la materia dall'accesso civico generalizzato, ma resta ferma la verifica della compatibilità dell'accesso con le eccezioni relative di cui all'art. 5-bis, comma 1 e 2, a tutela degli interessi-limite, pubblici e privati, previsti da tale disposizione, nel bilanciamento tra il valore della trasparenza e quello della riservatezza*»[38]. Il nuovo codice non solo recepisce e ratifica quanto affermato dall'Adunanza Plenaria, nell'ambito degli articoli 35 e 36, ma va oltre, dettando una puntuale regolamentazione dell'istituto dell'accesso, mezzo essenziale ai fini della tutela della trasparenza, sia delle forme di accesso civico che documentale. In base alla nuova disciplina, l'accesso viene effettuato in modalità digitale attraverso l'acquisizione diretta dei dati e delle informazioni inseriti nelle piattaforme. Tale modalità digitale è resa possibile dalla regola della digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici secondo cui ogni fase della contrattualistica pubblica deve svolgersi in digitale. La dottrina ha evidenziato la rivoluzione cui è stato sottoposto il diritto di accesso: «*in un ecosistema di approvvigionamento digitale caratterizzato da siffatte declinazioni in termini di trasparenza e pubblicità legale, può affermarsi che si assisterà, probabilmente, ad uno stravolgimento del diritto di accesso: se ogni atto e/o provvedimento sarà accessibile attraverso la BDNCP, non residueranno dubbi e/o incertezze sulla conoscenza degli atti o sulla lesività degli stessi*»[39]. Il comma 2 dell'art. 20 si occupa poi delle comunicazioni e dell'interscambio dei dati. Esso prevede che le comunicazioni e l'interscambio di dati per le finalità di trasparenza e di conoscenza devono rispettare il principio di unicità del luogo di pubblicazione e dell'invio delle informazioni. Tale scelta persegue l'obiettivo di semplificare l'attività

[36] Per approfondire il tema dell'accesso, nelle sue tre forme (accesso documentale, accesso civico, accesso civico generalizzato) si veda F. MERLONI, *La trasparenza come strumento di lotta alla corruzione tra legge n. 190 del 2012 e d.lgs. n. 33 del 2013* in B. Ponti (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33. Analisi della normativa, impatti organizzativi ed indicazioni operativa*, Santarcangelo di Romagna, 2013.

[37] Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020, sentenza n. 9.

[38] Cit. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020, sentenza n. 9.

[39] Cit. V. ZICARO, *La digitalizzazione*, in Commentario al Nuovo Codice dei contratti pubblici (a cura di G.F. Cartei e D. Iaria), 2023, p.281.


ISSN 2036-7821

amministrativa, evitando che le pubbliche amministrazioni debbano pubblicare le informazioni sul proprio sito istituzionale per poi andare a comunicare le medesime ad altri soggetti pubblici[40].

### *5. I principi dettati in materia di procedure automatizzate: conoscibilità e comprensibilità.*

L'aver dettato dei principi in materia di procedure automatizzate[41] e, a monte, aver confermato la possibilità del loro utilizzo in modo espresso, rappresenta una assoluta novità nell'ambito del diritto amministrativo italiano, perché, per la prima volta, si va a introdurre una disciplina *ad hoc* relativa alle procedure automatizzate. Ciò viene evidenziato molto esplicitamente nella relazione di accompagnamento del Consiglio di Stato, nella quale si legge che deve essere riconosciuto a tale disposizione «*particolare rilievo per l'ordinamento italiano perché per la prima volta, sebbene nel solo settore di contratti pubblici, sono individuati a livello normativo i principi da rispettare in caso di utilizzo delle procedure automatizzate*»; *tale disciplina* «*rappresenta un tassello importante che si aggiunge al tema degli algoritmi e dei sistemi di intelligenza artificiale nell'ambito di tutta l'attività amministrativa*»[42]. Inoltre, il nuovo codice, sempre in seno all'art. 30, detta i principi che devono trovare applicazione per le procedure automatizzate e, in particolare, chiarisce che - nell'utilizzo di tali strumenti - le amministrazioni debbano soddisfare i criteri della conoscibilità e della comprensibilità; ciò significa che l'operatore economico deve poter conoscere: i) l'utilizzo o meno di tali strumenti da parte della stazione appaltante; ii) la logica

[40] Cfr. M. FALCONE, *Ripensare il potere conoscitivo pubblico tra algoritmi e Big Data*, Napoli, 2023.

[41] Cfr. art. 30 del nuovo codice dei contratti pubblici che dispone: «*1. Per migliorare l'efficienza le stazioni appaltanti e gli enti concedenti provvedono, ove possibile, ad automatizzare le proprie attività ricorrendo a soluzioni tecnologiche, ivi incluse l'intelligenza artificiale e le tecnologie di registri distribuiti, nel rispetto delle specifiche disposizioni in materia. 2. Nell'acquisto o sviluppo delle soluzioni di cui al comma 1 le stazioni appaltanti e gli enti concedenti: a) assicurano la disponibilità del codice sorgente, della relativa documentazione, nonché di ogni altro elemento utile a comprenderne le logiche di funzionamento; b) introducono negli atti di indizione delle gare clausole volte ad assicurare le prestazioni di assistenza e manutenzione necessarie alla correzione degli errori e degli effetti indesiderati derivanti dall'automazione. 3. Le decisioni assunte mediante automazione rispettano i principi di: a) conoscibilità e comprensibilità, per cui ogni operatore economico ha diritto a conoscere l'esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardino e, in tal caso, a ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata; b) non esclusività della decisione algoritmica, per cui comunque esiste nel processo decisionale un contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatizzata; c) non discriminazione algoritmica, per cui il titolare mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di impedire effetti discriminatori nei confronti degli operatori economici. 4. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano ogni misura tecnica e organizzativa atta a garantire che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori, nonché a impedire effetti discriminatori nei confronti di 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 o dell'orientamento sessuale. 5. Le pubbliche amministrazioni pubblicano sul sito istituzionale, nella sezione «Amministrazione trasparente», l'elenco delle soluzioni tecnologiche di cui al comma 1 utilizzate ai fini dello svolgimento della propria attività*».

[42] Consiglio di Stato, Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici - III - Relazione agli articoli e agli allegati del Codice dei Contratti Pubblici, Roma, 7.12.2022, pag. 49.

utilizzata dallo strumento. A tal fine, è espressamente disposto che deve essere a disposizione il codice sorgente. Un altro principio richiamato, forse il più importante, è quello della non esclusività della decisione algoritmica: vi deve essere, nel processo decisionale, un contributo umano tale da approvare o, al contrario, disapprovare la decisione automatizzata. Tuttavia, è bene evidenziare che tali principi, nei contenuti, non hanno grande portata innovativa (per esempio, il principio di non esclusività della decisione algoritmica è contenuto espressamente all'art. 22 del GDPR[43]). La norma si pone poi in linea con quanto evidenziato dalla giurisprudenza amministrativa *ante* codice, secondo cui non vi è, di per sé, una incompatibilità tra l'attività amministrativa e l'uso delle nuove tecnologie, come le procedure automatizzate. Anzi, per converso, la pubblica amministrazione deve poter sfruttare i vantaggi che presentano simili strumenti[44]. Anche la dottrina, dal canto suo, ha rilevato che, in fondo, l'uso delle procedure automatizzate, sebbene porti con sé il legittimo timore del non rispetto di diritti costituzionalmente garantiti, non sia, in fondo, neanche un qualcosa di così innovativo[45]. La possibilità, esplicita, per le stazioni appaltanti di avvalersi delle intelligenze artificiali è una chiara attuazione

[43] Cfr. Corte di Giustizia, C-634/21, c.d. sentenza Schufa, la quale ha ribaldato la precedente giurisprudenza intervenuta sul concetto di "contributo umano".

[44] Consiglio di Stato, Sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881 secondo cui: «*l'utilizzo di una procedura informatica che conduca direttamente alla decisione finale non deve essere stigmatizzata, ma anzi, in linea di massima incoraggiata: essa comporta infatti numerosi vantaggi quali, ad esempio, la notevole riduzione della tempistica procedimentale per operazioni meramente ripetitive e prive di discrezionalità, l'esclusione di interferenze dovute a negligenza (o peggio dolo) del funzionario (essere umano), e la conseguente maggior garanzia di imparzialità della decisione automatizzata". Inoltre, sempre in Cons. St., Sez. VI, 4.2.2020, n. 881, conf. TAR Campania, Sez. III, 14.11.2022, n. 7003: "il ricorso alla funzione algoritmica all'interno del procedimento amministrativo non è vietato di per sé, neppure in relazione ai procedimenti caratterizzati da discrezionalità, anche tecnica, a condizione che si rispettino determinati requi- siti, derivanti sia dai principi di diritto interno che dalle norme del diritto europeo*».

[45] Sul punto, vale la pena di richiamare la ricostruzione effettuata da G. MARCHIANÒ, *La legalità algoritmica nella giurisprudenza amministrativa*, in Il diritto dell'economia, V. 3, 2020, pp. 229-250: «*Nel campo pubblicistico, in pochi anni si è passati dall'amministrazione digitale all'amministrazione che utilizza algoritmi, fino ad arrivare all'intelligenza artificiale e, tale sviluppo, appare ed è sempre più penetrante nella vita quotidiana sì da creare un allarme giuridico per la temuta possibilità che vengano a essere violati principi fondamentali del diritto amministrativo. Si osservi che, per le pubbliche amministrazioni italiane, l'uso di algoritmi per l'elaborazione d'in- formazioni utili non dovrebbe essere qualcosa di totalmente nuovo, basti pensare che, nell'ambito del procedimento tributario in tema di controlli amministrativi sui privati, fin dagli anni '70 si è previsto l'utilizzo della "fiscalità di massa". È venuto così ad affermarsi un modello di accertamento basato su autodichia- razione e sostituto d'imposta, mentre controlli approfonditi di singole posizioni reddituali, residuano su un numero limitato di contribuenti selezionati attraverso sistemi di analisi di rischio. In tale contesto prendono le mosse le recenti esperienze di uso di algoritmi per aumentare l'effettività dei controlli, non solo in funzione repressiva, ma anche per l'impostazione di strategie di supporto alla compliance; si rammenti che, sugli algoritmi, era basato anche il c.d. "redditometro" ora sostituito dal "risparmiometro". Gli algoritmi sono utilizzati, altre- sì, nell'ambito dei controlli sui versamenti dei contributi previdenziali, in parti- colare l'INPS ha avviato nel 2010, un sistema di controlli su imprese selezionate attraverso tecniche di data mining che, tramite algoritmi, elabora le informazioni derivanti dall'incrocio dei dati raccolti da banche, dati interni ed esterni all'INPS. Alcuni algoritmi di data mining sono stati utilizzati dall'INPS anche in funzione "predittiva" per individuare attività a rischio d'irregolarità non ancora accertate. Nonostante queste esperienze, il problema è esploso nelle vertenze aventi a oggetto l'applicazione degli algoritmi, ex l. 107/2015, meglio nota come "buona scuola"*».


ISSN 2036-7821

del principio di neutralità tecnologica: non importa quale tecnologia, l'amministrazione è libera, sempre che siano rispettati i citati principi. Tutto quanto rilevato circa la non totale originalità del contenuto dei principi in commento non fa venire meno, in ogni caso, l'apprezzabile sforzo di riordino dei vari criteri e principi anche in tema di procedure automatizzate.

***6. Riflessioni conclusive sulla scelta di una simile legislazione nel digitale: i vantaggi e gli svantaggi. Le difficoltà sottese al bilanciamento dei digital principles.***

Si è dato atto del riconoscimento, nell'ambito del codice, di tutta una serie di (molteplici ed eterogenei) principi applicabili al digitale. Il legislatore della novella ha inteso, dunque, anche nel settore digitale, in conformità all'architettura dell'intero codice, dedicare ampio spazio ai principi generali. La scelta compiuta si può ritenere vincente sotto certi profili. Innanzitutto, un vantaggio è rappresentato dal fatto che i principi generali, a differenza delle norme di dettaglio, sono più flessibili e con un minor rischio di obsolescenza. Tali caratteristiche sposano delle esigenze pratiche che il governo del digitale sottende. La tecnologia, per definizione, è in continua evoluzione e difficilmente può essere normata mediante disposizioni estremamente dettagliate, specie se la fonte prescelta è primaria e, dunque, per definizione, non può (e non dovrebbe) adeguarsi velocemente e in modo continuo.

Inoltre, la nuova struttura della disciplina in commento appare più adeguata rispetto alla previgente, specie quando si tratta di regolare l'utilizzo di tecnologie particolarmente avanzate perché, maggiormente è complessa la tecnologia, più sarà difficile l'applicazione di regole di dettaglio, anche in virtù della difficoltà di tradurre specifiche conoscenze informatiche o di altre scienze in norme giuridiche[46].

Vi sono, tuttavia, delle perplessità che la nuova disciplina fa emergere. La supremazia dei principi non sempre garantisce l'efficienza o la certezza del diritto. Difatti, i principi del digitale sono molteplici e alcuni sono in aperta contrapposizione e non sempre è (o sarà) semplice un adeguato bilanciamento e ponderazione tra questi. Tale operazione di ponderazione è ancor più complessa se si considera che la novella non sembra aver concepito una gerarchia tra i diversi principi (a differenza di quanto previsto per i super principi, nell'ambito dei quali il principio del risultato sembrerebbe preminente anche alla luce della recentissima sentenza del 2024 del Consiglio di Stato[47]).

Nonostante la menzionata eterogeneità dei principi e le difficoltà di conciliazione degli stessi, esiste un punto fermo: bisogna aumentare la prestazione della pubblica amministrazione, in termini di efficienza, senza, tuttavia, rinunciare alla garanzia dei

[46] L.R. PERFETTI, *Codice dei contratti pubblici commentato*, Vicenza, 2023, p. 201.
[47] Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 27 febbraio 2024 n. 1924 in www.eius.it.


ISSN 2036-7821

diritti, tra cui ricopre un ruolo rilevante la *privacy*. Difatti, il ricorso alle tecnologie non può giustificare la lesione, neanche parziale, di diritti fondamentali. Il nuovo codice, dunque, sotto questo profilo, va a recepire la linea di pensiero esplicitata più volte dalla giurisprudenza amministrativa. Ci si riferisce, in particolare, all'art. 30 che si pone in perfetta linea, rispetto alle pronunce del giudice amministrativo[48], in tema di uso di procedure automatizzate nell'azione amministrativa. L'uso di simili tecnologie, difatti, non può ricoprire il ruolo di un cavallo di Troia per eludere i tradizionali principi che regolano lo svolgimento dell'attività amministrativa.

In conclusione, vale la pena evidenziare che un aspetto innovativo rispetto a quanto già affermato nel passato sembra riguardare il modo stesso di concepire la digitalizzazione: essa viene intesa in senso più dirompente perché si presuppone che la Pubblica amministrazioni "pensi e agisca" in chiave digitale, andando a adattare i propri modelli organizzativi nonché reperendo e formando le risorse umane. Se tale nuovo modo di concepire la digitalizzazione avrà anche dei risvolti pratici lo si scoprirà più avanti: bisogna, infatti, considerare che, al momento, è troppo presto per ragionare in termini più concreti, essendo ancora inesistente una adeguata casistica di applicazione dei principi sopra esposti. In questo senso, solo il fattore tempo e il verificarsi di una casistica adeguata potranno aiutare a colmare il *gap* tra la teoria e la pratica[49].

[48] *Ex multis*, Consiglio di Stato, 8 aprile 2019, sentenza n. 2270.

[49] Cfr. ANAC, *La digitalizzazione degli appalti in Italia: il bilancio dopo i primi quattro mesi*, 20 maggio 2024 in https://www.anticorruzione.it/-/news.20.05.24.bilancio.digitalizzazione. Come emerge da dallo studio a cura di Anac del 20 maggio 2024, in quattro mesi di attività sono stata avviate un milione e seicentocinquantamila procedure di affidamento dei contratti pubblici, cui si applica la nuova disciplina, nonché emerge che sono sessanta le piattaforme digitali certificate che sono effettivamente interoperabili con la Piattaforma dei contratti pubblici Anac.


ISSN 2036-7821