

Amministrazione digitale e “attività conoscitiva” nei contratti pubblici in direzione della ragionevolezza e della proporzionalità

di Alessandro Berrettini

SOMMARIO: 1 – Premessa. Digitalizzazione e contratti pubblici verso il “risultato” (limitando gli “abusi”). 2 – Margini di scelta della stazione appaltante e controllo dei vizi di legittimità mediante l’acquisizione dei fatti rilevanti. 3 – Lo stretto legame tra *maladministration* e patrimonio conoscitivo dell’amministrazione: il ruolo della Banca dati nazionale dei contratti pubblici. 4 – Le piattaforme certificate di approvvigionamento digitale come ulteriore strumento di controllo nello svolgimento delle fasi di gara. 5 – Il *Building Information Modeling* (c.d. *BIM*) quale nuova modalità di scansione dell’agire in direzione della limitazione degli abusi amministrativi. 6 – Il rafforzamento della “percezione” dei vizi di irragionevolezza e sproporzione attraverso la digitalizzazione delle procedure ad evidenza pubblica. 7 – Riflessioni conclusive.

1. *Premessa. Digitalizzazione e contratti pubblici verso il “risultato” (limitando gli “abusi”)*

L’idea di una pubblica amministrazione che agisce tramite strumenti digitali si è posta sempre più come base per garantire azioni efficienti¹ e, allo stesso tempo, imparziali², in direzione della buona amministrazione³.

Le nuove tecnologie hanno infatti agevolato sia le attività amministra-

¹ Sul punto si veda D.U. GALETTA, *Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione*, in *Il diritto dell’amministrazione pubblica digitale*, a cura di R. CAVALLO PERIN, D.U. GALETTA, Torino, 2020, 102-103, secondo cui l’intelligenza artificiale di tipo non predittivo permette alla fase istruttoria di subire un’accelerazione in termini di efficienza, riducendo i tempi necessari al responsabile del procedimento per la raccolta dei dati utili alla verifica degli interessi oggetto del procedimento amministrativo.

² A. SIMONCINI, *Amministrazione digitale algoritmica*, in *Il diritto dell’amministrazione pubblica digitale*, cit., 21, che parla espressamente di una «“constitutional” rule of technology» in cui il principio di imparzialità è realizzato attraverso l’utilizzo di algoritmi che evitano trattamenti discriminatori.

³ D.U. GALETTA, *Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione*, cit., 85 -119.

tive di *back office* che di *front office*⁴ nel campo del governo del territorio⁵, nei procedimenti sanzionatori⁶ e, come si vedrà, nell'attività contrattuale della pubblica amministrazione. Queste risultano infatti un mezzo istruttorio necessario per le pubbliche amministrazioni al fine di acquisire e successivamente comprendere i dati della realtà socio-economica in cui operano⁷; realtà, questa, che il funzionario pubblico non riuscirebbe a cogliere con gli strumenti tradizionali⁸.

Quanto indicato rileva soprattutto con riferimento alle potenzialità minime che l'algoritmo può fornire nella sua dimensione deterministica o

⁴ Si veda in merito l'analisi compiuta da F. COSTANTINO, *L'uso della telematica nella pubblica amministrazione*, in *L'azione amministrativa. Saggi sul procedimento amministrativo*, a cura di A. ROMANO, Torino, 2016, 246 ss.

⁵ Come evidenziato da R. CAVALLO PERIN, I. ALBERTI, *Atti e procedimenti amministrativi digitali*, in *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, cit., 134: «Vi sono poi tecnologie che rilevano dati sulla conformazione del territorio e ne monitorano l'andamento, che può essere ricostruito con riferimento ad un determinato periodo: oggi, un anno o dieci anni or sono. Così le rilevazioni aerofotogrammetriche, il sorvolo di droni, le immagini satellitari, le telecamere fisse poste sulle vie pubbliche, che restituiscono caratteristiche, dettagli o panoramiche del territorio. L'impiego congiunto di strumenti di rilevazione delle immagini può ad esempio costituire un utile strumento di prevenzione o di rilevazione degli abusi edilizi, come nelle ristrutturazioni che comportino la demolizione e la successiva ricostruzione di edifici, al fine di verificare che siano rispettate le distanze legali, la volumetria, l'altezza e l'area di sedime della precedente struttura». Per un approfondimento, si veda nello specifico M. DE MICHELIS, *Il governo digitale del territorio*, Napoli, 2023, 222 ss.

⁶ P. OTRANTO, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.*, in www.federalismi.it, 2, 2018; si veda da ultimo C. CASTALDO, *Sanzioni amministrative e digitalizzazione: una prima ricostruzione*, in www.federalismi.it, 1, 2024.

⁷ Così, G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, Napoli, 2019, 70-71, con particolare riferimento agli strumenti di rilevazione e di sistematizzazione dei *Big data* per la programmazione dei vari servizi delle *smart cities*. Si veda inoltre, R. CAVALLO PERIN, I. ALBERTI, *Atti e procedimenti amministrativi digitali*, in *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, cit. 138 che evidenziano la necessità della digitalizzazione per compiere «un'esatta attività istruttorio» al fine di ottenere «rappresentazioni significative della realtà» in vista dell'emanazione di programmi o di atti amministrativi generali. Anche M. FALCONE, *Big data e pubbliche amministrazioni: nuove prospettive per la funzione conoscitiva pubblica*, in *Riv. Trim. dir. pub.*, 2017, 623 -624, ritiene che le potenzialità della sistematizzazione digitale dei *Big data* permettano di affrontare «un altro annoso problema, legato fortemente all'«oggettivizzazione» dell'attività conoscitiva: la debolezza organizzativa e professionale delle amministrazioni nel produrre una conoscenza propria e autonoma sulla realtà che è chiamata ad amministrare e l'esigenza di «riequilibrio» conoscitivo tra pubblico e privato».

⁸ R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, cit., 324.

meno⁹, senza necessariamente operare tramite meccanismi sostitutivi della decisione amministrativa da adottare¹⁰ o tramite meccanismi di *machine learning* che prevedono processi di apprendimento automatici¹¹. Basti

⁹ G. AVANZINI, cit., 5-13, individua una serie di algoritmi: deterministici, attraverso il quale per ogni istruzione fornita esiste un solo possibile percorso; non deterministici in cui esiste una sola istruzione che ammette più passi successivi «che hanno la possibilità di essere scelti»; predittivi che risolvono problemi complessi, distinguendosi in apprendimenti supervisionati e non. L'apprendimento supervisionato prevede l'inserimento di *inputs* che formano un *database* di informazioni sulla base del quale l'algoritmo fornirà una risposta in seguito all'analisi dei dati contenuti in esso. L'apprendimento non supervisionato, invece, offre una maggiore libertà di scelta all'algoritmo, organizzando le informazioni ed imparando quali «sono i risultati migliori per le differenti situazioni che si presentano».

¹⁰ Si escludono dunque dal campo d'indagine *software* che sostituiscono la decisione adottata dal pubblico funzionario, come è avvenuto nel concorso relativo al piano di assunzioni straordinario su posti di potenziamento, di sostegno o su posto comune nella scuola secondaria di primo grado, la cui graduatoria è stata determinata unicamente attraverso l'utilizzo di un algoritmo (si veda, Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472). Allo stesso modo, si escludono algoritmi di *machine learning* che apprendono «automaticamente strategie risolutive e previsionali in base all'esperienza». Come evidenziato, in questa tipologia di algoritmi «si sfuma l'aspetto deterministico che caratterizza le applicazioni ICT tradizionali, ossia basate su algoritmi ben definiti che provengono dagli studi svolti nei settori applicativi considerati e che definiscono in modo deterministico i passi di elaborazione da compiere» (C. TASSO, *Attori, processi, meriti e responsabilità nell'utilizzo di algoritmi di Intelligenza Artificiale: il caso del Machine Learning*, in *L'amministrazione pubblica con i big data: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale*, a cura di R. CAVALLO PERIN, Torino, 2021, 20).

¹¹ Come evidenziato da B. MARCHETTI, *Amministrazione digitale*, in *Enciclopedia del Diritto: funzioni amministrative*, Milano, 2022, 77-80, occorre definire cosa s'intenda per amministrazione digitale. Nel presente lavoro l'amministrazione digitale viene intesa come «amministrazione che ricorre alla tecnologia per realizzare la sostituzione dell'atto cartaceo con l'atto digitale, in una prospettiva di semplificazione e accelerazione dell'azione amministrativa, sia all'interno della pubblica amministrazione (ad esempio con riguardo ai dati e allo scambio di questi tra autorità) sia nei rapporti con il cittadino e le imprese, ma senza alterazioni della struttura tradizionale del processo decisionale». Si esclude pertanto dal campo d'indagine l'amministrazione che agisce attraverso intelligenza artificiale. Infatti, Cons. Stato, Sez. III, 25 novembre 2021, n.7891 ricorda che il *machine learning* «crea un sistema che non si limita solo ad applicare le regole software e i parametri preimpostati (come fa invece l'algoritmo “tradizionale”) ma, al contrario, elabora costantemente nuovi criteri di inferenza tra dati e assume decisioni efficienti sulla base di tali elaborazioni, secondo un processo di apprendimento automatico».

pensare al Codice dell'amministrazione digitale del 2005¹² in cui è stato valorizzato, tra le altre cose, l'utilizzo dell'algoritmo in funzione dell'attività conoscitiva dell'amministrazione grazie alla "semplice" capacità di essere collettore di informazioni e di dati¹³. Un esempio è rappresentato dal vasto patrimonio conoscitivo acquisito e messo a disposizione dalle banche dati¹⁴ o dalla capacità delle piattaforme telematiche di fornire informazioni sulle attività svolte dai pubblici dipendenti attraverso la "traccia" che per sua natura lascia lo strumento digitale¹⁵.

¹² D.lgs. n. 82/2005 che ha disciplinato l'utilizzo dei dati della pubblica amministrazione attraverso piattaforme digitali e banche dati. Sul punto si veda l'analisi condotta da E. CARLONI, *La riforma del Codice dell'amministrazione digitale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 5, 469 ss. F. CARDARELLI, *Il codice dell'amministrazione digitale*, in *Libro dell'Anno del diritto 2017*, Roma, 2017; F. MARTINES, *La digitalizzazione della pubblica amministrazione*, in *La rivista di diritto dei media*, 2018, 1-12.

¹³ Sul tema specifico si veda R. CAVALLO PERIN, *Pubblica amministrazione e data analysis*, cit. 15; F. MERLONI, *Data analysis e capacità conoscitive delle pubbliche amministrazioni*, in *L'amministrazione pubblica con i big data: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale*, cit., 107-117; E. CARLONI, *Qualità dei dati, big data e amministrazione pubblica*, in *L'amministrazione pubblica con i big data: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale*, cit., 117-131; M. FALCONE, *La funzione conoscitiva nella rivoluzione dei dati*, in *L'amministrazione pubblica con i big data: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale*, cit., 183-193; F. COSTANTINO, *Nuove frontiere delle decisioni amministrative tra open e big data*, in *Dir. amm.*, 2017, 799 ss.; M. FALCONE, *Big data e pubbliche amministrazioni: nuove prospettive per la funzione conoscitiva pubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 601 ss.; F. CARDARELLI, *Amministrazione digitale, trasparenza e principio di legalità*, in *Dir. informazione e informatica*, 2015, 227 ss.

¹⁴ Il d.lgs. n. 82/2005 si occupa infatti di disciplinare la piattaforma digitale nazionale dei dati (d.lgs. 82/2005, art. 50-ter) che raccoglie i dati presenti da diverse banche dati indicate dallo stesso Codice dell'amministrazione digitale (CAD), come ad esempio: l'Anagrafe nazionale della popolazione residente; la Banca dati nazionale dei contratti pubblici; il Repertorio nazionale dei dati territoriali; il Casellario giudiziale, il Registro delle imprese (art. 60, comma 3-bis). Il CAD, inoltre, disciplina le modalità di circolazione del dato tra amministrazioni pubbliche (d.lgs. 82/2005, art. 50), con particolare riferimento a quei dati connessi a quelli di interesse nazionale (d.lgs. 82/2005, art. 60, comma 1). Si veda in tema I. ALBERTI, *La creazione di un sistema informativo unitario pubblico con la Piattaforma digitale nazionale dati*, in *www.IstituzionidelFederalismo.it*, 2022, 473 ss.; G. CARULLO, *L'amministrazione quale piattaforma di servizi digitali*, Napoli, 2022, 14- 15; M. FALCONE, *Ripensare al potere conoscitivo tra algoritmi e big data*, Napoli, 2023, 91 ss.

¹⁵ Sull'utilizzo delle piattaforme telematiche in chiave di trasparenza dell'azione amministrativa, si vedano L. DONATO, *Gli appalti pubblici tra istanze di semplificazione e normativa anticorruzione. Alla ricerca di un equilibrio tra legalità ed efficienza*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia*, 2020; PwC, *The Strategic Use of Public Procurement for Innovation in the Digital Economy*, novembre 2018, 17-20; Commis-

Tutto ciò emerge con particolare evidenza nella disciplina dei contratti pubblici. Le stazioni appaltanti, infatti, già dal d.lgs. n. 50/2016 potevano agire mediante piattaforme telematiche e banche dati. In particolare, dal combinato disposto dell’art. 58, Decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e del Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 12 agosto 2021, n. 148, derivava il potere della P.A. di ricorrere alle procedure di gara telematica al fine di tutelare il principio della libera concorrenza in entrambe le sue declinazioni (*favor participationis* e *par condicio*), assicurando agli operatori economici sia la partecipazione “da remoto”, che una tracciabilità delle attività svolte dagli attori coinvolti nelle procedure di aggiudicazione per fornire informazioni sull’agire amministrativo in chiave di trasparenza¹⁶. Inoltre, diverse disposizioni di legge facevano riferimento alla «banca dati nazionale dei contratti pubblici» quale principale fonte di cognizione per ottenere conoscenze di mercato, prassi amministrative e requisiti di partecipazione¹⁷.

sione UE, Appalti pubblici efficaci in Europa e per l’Europa, 3 ottobre 2017,3; G. M. RACCA, *La Digitalizzazione necessaria dei contratti pubblici: per un’Amazon pubblica*, in *DPCE online*, 2020; E. CARLONI, *La trasparenza come risposta all’emergenza*, 2020, in *www.anticorruzione.it*; M. PIGNATTI, *The use of e-procurement and contractual terms and conditions for the risk assessment and risk management in the public procurement cycle*, in V. CANTINO, P. DEVINCENTIS, G. M. RACCA, *Risk management: perspectives and open issues. A multi-disciplinary approach*, Londra, 2016, 927 ss.

¹⁶ Già dall’emanazione del disegno di legge delega per l’emanazione del d.lgs. n. 50/2016, A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell’economia e contrasto alla corruzione*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2015, 1157-1158, evidenziava il rapporto tra pubblicità e digitalizzazione al fine di semplificare e rendere trasparenti le procedure in direzione del principio della libera concorrenza. Anche la medesima ANAC nel documento approvato il 27 maggio 2020 recante «Strategie e azioni per l’effettiva semplificazione e trasparenza nei contratti pubblici attraverso la completa digitalizzazione: le proposte dell’Autorità», reperibile in <https://www.anticorruzione.it/>, ha ritenuto che «l’uso delle piattaforme digitali ai sensi degli artt. 40 e 58 del Codice rappresenta un presidio che garantisce la par condicio, l’effettiva concorrenza, l’inviolabilità e segretezza delle offerte, la trasparenza e tracciabilità delle operazioni di gara, l’imputabilità delle dichiarazioni ai concorrenti». Allo stesso modo G.M. RACCA, *Le innovazioni necessarie per la trasformazione digitale*, in *Contratti pubblici e innovazioni per l’attuazione della legge delega*, a cura di R.CAVALLO PERIN, M. LIPARI, G.M. RACCA, Napoli, 2022, 32 afferma che la trasparenza e la correttezza ottenute mediante digitalizzazione dei contratti pubblici assicurano «una concorrenza leale rivolta alla tempestiva e corretta esecuzione del contratto».

¹⁷ Emblematici risultano gli artt. 29 e 81, d.lgs. n. 50/2016, entrambi modificati dal secondo decreto semplificazioni (l. 18/2021) e riproposti nel loro fine dal d.lgs. n.

Ma è con l'avvento del Decreto legislativo 31 marzo 2023 n. 36 che l'uso della telematica e del digitale nei contratti pubblici acquista un suo particolare *status* caratterizzato da doverosità, basti pensare che l'intera Parte II° del Libro I° si occupa dei principi e delle regole digitali per informatizzare l'intero ciclo di vita dei contratti pubblici¹⁸. Il nuovo Codice dei contratti pubblici, nel realizzare uno dei principali obiettivi del PNRR¹⁹, pone la digitalizzazione come base dell'agire amministrativo superando le lacune e la frammentarietà normativa del precedente Codice²⁰.

Il menzionato d.lgs. n. 36/2023 sistematizza una serie di principi che cooperano tra loro sinergicamente per garantire a tutti gli attori, sia dal lato pubblico che dal lato privato, un patrimonio conoscitivo condiviso. I principi in parola tendono a valorizzare nel loro complesso la possibilità di consultare, in formato aperto, le informazioni riguardanti tutte le fasi della procedura, dalla programmazione alla fase esecutiva, cristallizzate in banche dati interoperabili tra loro o riconducibili alla capacità delle piattaforme di approvvigionamento digitale di tracciare nel dettaglio le azioni svolte nelle procedure di aggiudicazione²¹.

36/2023, circa la loro funzione di fonte di cognizione generica per la verifica dei requisiti degli operatori economici e per l'acquisizione degli atti gara.

¹⁸ Art. 19, comma 1, d.lgs. n. 36/2023.

¹⁹ Il PNRR indica fra gli obiettivi quello di «definire le modalità per digitalizzare le procedure per tutti gli appalti pubblici e concessioni e definire i requisiti di interoperabilità e interconnettività» (M1C1-70).

²⁰ Ciò in netta contrapposizione con quanto avveniva nel d.lgs. n. 50/2016 la cui digitalizzazione, oltre a riguardare unicamente la fase di scelta del contraente, veniva disciplinata ed implementata da più fonti normative (in particolare dal d.P.C.M. n. 148/2021 e dalla l. n. 108/2021).

²¹ Quanto indicato è evidenziato dalla Relazione del Consiglio di Stato «agli articoli e agli allegati» dello schema definitivo del Codice dei contratti pubblici, 7 dicembre 2022, Roma, 37 -38, che ricorda come queste finalità siano previste dallo stesso Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, il quale impone entro il 31 dicembre 2023 di realizzare «la digitalizzazione completa delle procedure di acquisto fino all'esecuzione del contratto (*Smart Procurement*), (che) deve essere interoperabile con i sistemi gestionali delle pubbliche amministrazioni e prevedere l'abilitazione digitale degli OE, sessioni d'asta digitali, *machine learning* per l'osservazione e l'analisi delle tendenze, CRM evoluto con funzioni di *chatbot*, *digital engagement* e *status chain*» (M1C1-75). Tali obiettivi sono poi stati cristallizzati nella legge delega per l'emanazione del nuovo Codice, l. 21 giugno 2022, n. 78, in cui, alla lett. m) si afferma che «gli obiettivi di riduzione e di certezza dei tempi relativi alle procedure di gara, alla stipula dei contratti e all'esecuzione degli appalti, dovranno essere raggiunti anche utilizzando la digitalizzazione e l'informatizzazione delle procedure, la

Un primo corollario di quanto evidenziato riguarda il consolidamento del principio dell'unicità dell'invio, il c.d. *once only*, attraverso cui «ciascun dato è fornito una sola volta a un solo sistema informativo» ed «è reso disponibile dal sistema informativo ricevente»²². Un secondo corollario è quello riguardante il principio volto a digitalizzare le «attività e i procedimenti amministrativi connessi al ciclo di vita dei contratti pubblici»²³, nonché quello connesso relativo alla tracciabilità e alla trasparenza delle attività svolte²⁴.

Nella Parte II° del Codice si possono individuare ulteriori istituti che realizzano sul piano positivo quanto appena indicato in termini di principio. Si pensi all'individuazione di un “ecosistema” nazionale di approvvigionamento digitale; o ancora all'indicazione di una banca dati nazionale dei contratti pubblici²⁵ che si compone sia di un “fascicolo virtuale” dell'operatore economico²⁶ ove sono verificabili i requisiti di partecipazione di ordine generale e speciale, sia di un'anagrafe degli operatori economici utile a comprendere la platea dei partecipanti alle gare²⁷.

Nondimeno, in questo quadro già composito rilevano strumenti di modellazione digitale come i *BIM* (*Building Information Modeling*) che le amministrazioni devono adottare per far comprendere più adeguatamente la *domanda pubblica* nonché per valutare con maggiore attenzione le offerte presentate dagli operatori economici partecipanti alla procedura di gara.

Merita sottolineare che, nel loro complesso, gli istituti passati in rassegna tendono a creare sia un patrimonio conoscitivo condiviso che a velocizzare l'azione amministrativa. Ciò deriva dalla necessità di indirizzare la sempre più ampia discrezionalità delle stazioni appaltanti verso il “risultato”, uno dei binomi più rilevanti alla base del nuovo codice del 2023 che sarà oggetto di approfondimento nel paragrafo successivo²⁸.

piena attuazione della Banca dati nazionale dei contratti pubblici e del fascicolo virtuale dell'operatore economico».

²² Art. 19, comma 2, d.lgs. n. 36/2023.

²³ Art. 19, comma 3, d.lgs. n. 36/2023.

²⁴ Art. 19, comma 6, d.lgs. n. 36/2023.

²⁵ Art. 23, d.lgs. n. 36/2023.

²⁶ Art. 24, d.lgs. n. 36/2023.

²⁷ Art. 31, d.lgs. n. 36/2023.

²⁸ Art. 1 comma 1, d.lgs. n. 36/2023. Si ritiene inoltre che la digitalizzazione, in accordo a questo principio, garantisca «l'efficacia e l'efficienza dei processi decisionali» (Relazione del Consiglio di Stato «agli articoli e agli allegati» dello schema definitivo del Codice dei contratti pubblici, 7 dicembre 2022, Roma, 40).

Qui è appena il caso di sottolineare che il “risultato”²⁹, che costituisce il principio “primo” del nuovo Codice essendo «criterio prioritario per l’esercizio del potere discrezionale»³⁰, consiste soprattutto nell’affidamento del contratto e nella sua esecuzione «con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo»³¹. Tuttavia, tale risultato non deve essere inteso unicamente come valorizzazione dei principi di efficienza e di efficacia, ma anche come capacità di ottenere l’affidamento e l’esecuzione del contratto senza incorrere in fenomeni di abuso amministrativo o di *maladministration*; definizioni, queste, che ricomprendono come è noto ogni caso di illecito amministrativo³². Ed in effetti, il nuovo Codice afferma che il “risultato” va perseguito nel rispetto del principio di trasparenza³³.

Al principio di risultato si correla dunque la digitalizzazione che, oltre a ridurre i tempi delle procedure ad evidenza pubblica, consente anche «trasparenza, tracciabilità, partecipazione, controllo di tutte le attività, in modo da assicurare il rispetto della legalità»³⁴.

Il tema della digitalizzazione si intreccia allora con quello della prevenzione degli abusi amministrativi ed in esso risulta centrale – come già anticipato – la capacità offerta dalla digitalizzazione di fornire un patrimonio conoscitivo adeguato all’amministrazione attraverso particolari fonti di cognizione, segnatamente Banca dati nazionale dei contratti pubblici³⁵, piattaforme certificate di approvvigionamento digitale e BIM. Da

²⁹ Si rinvia in tema a G. NAPOLITANO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giornale di diritto amm.*, 2023, 288-292; R. CARANTA, *I principi del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Giur. it.*, 2023, 1952-1953.

³⁰ Art. 1 comma 4, d.lgs. n. 36/2023.

³¹ Art. 1 comma 1, d.lgs. n. 36/2023.

³² Come è stato evidenziato da G. M. RACCA, S. PONZIO, *La nuova disciplina sui contratti pubblici e il contrasto alla corruzione*, in *Corruzione e infiltrazioni criminali negli appalti pubblici. Strumenti di prevenzione e contrasto*, a cura di L. SCOMPARIN, Torino, 2017, 110, parlare di fenomeni di anticorruzione sarebbe limitativo perché legato alla commissione di un singolo reato; ci si dovrebbe riferire più correttamente a fenomeni di *maladministration* che deviano dalla tutela del pubblico interesse. Allo stesso modo R. CANTONE, E. CARLONI, *Corruzione e anticorruzione*, Milano, 2018, 13 -28.

³³ Art. 1, comma 1, d.lgs. n. 36/2023.

³⁴ Relazione del Consiglio di Stato «agli articoli e agli allegati» dello schema definitivo del Codice dei contratti pubblici, 7 dicembre 2022, Roma, 38.

³⁵ G. M. RACCA, *La prevenzione e il contrasto della corruzione nei contratti pubblici*, in *La legge anticorruzione*, a cura di B.G. MATTARELLA, M. PELLISSERO, Torino, 2013, 149- 150,

ciò derivano importanti ripercussioni sulla capacità dell'amministrazione prima e del giudice poi di percepire particolari vizi che caratterizzano la discrezionalità delle stazioni appaltanti³⁶.

A tale riguardo è ben noto lo stretto legame tra attività conoscitiva e illegittimità provvedimentale quale sintomo di un errato (o carente) accertamento del fatto, ossia della sua qualificazione nella fase della susunzione della fattispecie concreta in quella normativa astratta da rapportare a specifici vizi di discrezionalità amministrativa³⁷. Uno di questi stati patologici è rappresentato dall'irragionevolezza della scelta, che si correla all'attività conoscitiva esplicita dall'amministrazione ove risulta essenziale «illuminare i vari aspetti della situazione di fatto»³⁸, senza «trascurare quelle indagini che gli elementi raccolti facciano apparire come utili»³⁹ al fine di tutelare gli interessi pubblici previsti dalla norma attributiva del potere⁴⁰.

evidenziava, già prima dell'emanazione del Codice dei contratti pubblici attuale, la necessità di creare banche dati interoperabili per rendere effettiva l'applicazione dei principi di trasparenza e non discriminazione attraverso la conoscenza di dati delle imprese operanti sul mercato e sui provvedimenti di aggiudicazione «per valore, per territorio e per tipologia contrattuale e di amministrazione aggiudicatrice». La trasparenza e la sistematizzazione di tali informazioni in banche dati consente infatti di valutare la qualità della contrattazione pubblica e l'integrità degli operatori economici in vista di migliorare la strategia contrattuale in direzione dei pubblici interessi. Più in generale sull'efficacia delle banche dati al fine di garantire legalità dell'azione amministrativa si veda G. CARULLO, *Dati, banche dati, blockchain e interoperabilità dei sistemi informatici nel settore pubblico*, in *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, a cura di R. CAVALLO PERIN, D.U. GALETTA, Torino, 2020, 201-202 e 207-212; G. CARULLO, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Torino, 2018, 237-245.

³⁶ E. CARLONI, *L'anticorruzione e la trasparenza nel sistema di procurement pubblico: tendenze e prospettive ai tempi del pnrr*, in *Dir. amm.*, 2022, 662 afferma che la legge delega al nuovo Codice dei contratti considera la trasparenza fornita anche dalla digitalizzazione come un «contrappeso, in un sistema che mira a ridefinirsi entro nuovi equilibri, tra le istanze di semplificazione e quelle di legalità: proprio quando il punto di sintesi si sposta nella direzione della semplificazione, ecco affermarsi un più forte ruolo della trasparenza a ribilanciare il sistema». Inoltre, si veda sul rapporto tra trasparenza e digitalizzazione, F. MANGANARO, *Trasparenza e digitalizzazione*, in *Dir. e proc. amm.*, 2019, 26 ss.

³⁷ Tra tutti, F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, 168-193.

³⁸ F. LEVI, cit., 517.

³⁹ F. LEVI, cit., 519.

⁴⁰ Da ultimo si veda Cons. Stato, Sez. III, 5 ottobre 2022, n. 8522, secondo cui il principio di ragionevolezza postula «una coerenza tra la valutazione compiuta dall'Amministrazione e la decisione assunta».

L'altro stato patologico riguarda la sproporzione. Infatti, i tre *test* necessari a verificare il rispetto del principio di proporzionalità appaiono strettamente collegati a quelle premesse riconducibili alla conoscenza dei fatti e degli interessi acquisiti e successivamente riversati nel procedimento amministrativo.

Dei profili appena indicati ci si occuperà successivamente⁴¹. Bisogna ora solo evidenziare che il presente lavoro cercherà, per gradi, di dimostrare come nel campo dei contratti pubblici la digitalizzazione rappresenti un valido contributo per percepire il vizio di eccesso di potere sotto forma di sproporzione e irragionevolezza⁴².

2. *Margini di scelta della stazione appaltante e controllo dei vizi di legittimità mediante l'acquisizione dei fatti rilevanti*

Per comprendere come la digitalizzazione possa incidere sull'emersione dei casi di irragionevolezza e sproporzione occorre effettuare una premessa in ordine alla qualificazione della discrezionalità amministrativa in materia di contratti pubblici, essendo il tema strettamente collegato, come si vedrà, a quello relativo all'accertamento giudiziale dei vizi di eccesso di potere appena menzionati.

La presenza di discrezionalità costituisce un ambito di rischio di *maladministration* in cui, considerati i margini di scelta «difficilmente quantificabili»⁴³, si richiede una maggiore attenzione per l'adozione delle relative

⁴¹ Cfr. par. 6.

⁴² Il ragionamento qui proposto prende le mosse, come si vedrà più diffusamente, dalla distinzione tra essenza e percezione del vizio operata da S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, cit., 189-201.

⁴³ Si veda da ultimo il PNA 2022, approvato con Delibera n. 7, del 17 gennaio 2023, in cui a pag. 33 si afferma la necessità di individuare gli ambiti di rischio corruzione in base «all'ampio livello di discrezionalità di cui gode l'amministrazione» anche alla luce degli ambiti di rischio predeterminati dall'art. 1 comma 16, l. n. 190/2012 in cui rientrano le procedure di affidamento. Sulla scorta di quanto indicato si afferma più precisamente a pag. 79 che «considerati i margini più ampi di discrezionalità concessi dalla normativa, possono comportare maggiori rischi corruttivi o di *maladministration*: a) affidamento diretto; b) procedura negoziata per i servizi e le forniture; c) procedura negoziata per i lavori; d) procedure in deroga; e) procedure attinenti alla modifica dei contratti e alle varianti in corso d'opera». Si veda in dottrina più diffusamente E. CARLONI, *L'anticorruzione*, Bologna, 2023, 238 secondo cui sebbene le politiche legislative

misure di prevenzione. Dalla Relazione del Consiglio di Stato sullo Schema definitivo del nuovo Codice dei contratti pubblici⁴⁴ si evince che questi margini di scelta sono diversamente disciplinati dalle norme del medesimo Codice. Quest’ultimo considera la discrezionalità come “nocciolo duro” dell’attività delle stazioni appaltanti al fine di limitare i vincoli del precedente d.lgs. n. 50/2016 che, oltre a ridurre la “fiducia” nell’operato delle stazioni appaltanti, rischiava di imbrigliare eccessivamente i pubblici funzionari, con conseguente emersione di fenomeni di «amministrazione difensiva»⁴⁵, «incertezze, ritardi, inefficienze»⁴⁶ che frenavano l’aggiudicazione del contratto e la sua esecuzione compromettendone il “risultato”. Dunque, il nuovo Codice evidenzia la necessità di garantire flessibilità di

in tema di contratti pubblici, cogliendo «il lato oscuro della discrezionalità», abbiano ridotto il margine di scelta del contraente, circa la procedura da seguire, nel tempo si è dimostrato come diverse procedure di appalto, caratterizzate da regole rigide, abbiano evidenziato fenomeni di illegittimità (l’autore porta l’esempio dei bandi c.d. fotocopia). Per un’analisi più approfondita degli ambiti di rischio corruttivo in tutte le fasi delle procedure ad evidenza pubblica, si legga G.M. RACCA, *Public Procurement and Corruption: the EU challenges*, in E. CARLONI, D. PAOLETTI, *Preventing corruption through administrative measures*, Perugia, 2019, 95-103.

⁴⁴ Secondo il combinato disposto dell’art. 1, l. n. 78/2022 e dell’art. 14, l. n. 1054/1924, il Governo ha richiesto al Consiglio di Stato, con nota del 28 giugno 2022, di formulare il progetto di Decreto legislativo per l’emanazione del nuovo Codice.

⁴⁵ In tema si veda l’analisi condotta da S. VILLAMENA, *La riforma dell’abuso d’ufficio: fra attività interpretativa, attività discrezionale e autovincoli amministrativi*, in *Diritto e società*, 2021, 695-727, il quale riporta la recente dottrina di G. BOTTINO, *La burocrazia «difensiva» e le responsabilità degli amministratori e dei dipendenti pubblici*, in *Analisi giur. econ.*, 2020, 117 ss.; M. CAFAGNO, *Risorse decisionali e amministrazione difensiva. Il caso delle procedure contrattuali*, in *Dir. amm.*, 2020, 35 ss.; F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato responsabilizzato*, in *www.federalismi.it*, 2020, 33 ss.; S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L’amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 293 ss.

⁴⁶ Relazione del Consiglio di Stato «agli articoli e agli allegati» dello schema definitivo del Codice dei contratti pubblici, 7 dicembre 2022, Roma, 12. Come evidenziato successivamente a p. 14, «La valorizzazione dei poteri discrezionali del funzionario pubblico è, inoltre, in linea, nell’ottica del superamento della c.d. “paura della firma”, con la nuova formulazione dell’art. 323 c.p. (ad opera del d.l. n. 76 del 2020), che ai fini dell’integrazione del reato di abuso d’ufficio richiede che l’atto sia adottato “in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuano margini di discrezionalità”». Si veda sul punto S. VILLAMENA, *La riforma dell’abuso d’ufficio: fra attività interpretativa, attività discrezionale e autovincoli amministrativi*, in *Diritto e società*, 2021, 695-727.

scelta alle stazioni appaltanti⁴⁷ in direzione del diritto eurounitario che, in più occasioni, ha rammentato questa esigenza per assicurare efficienza ed efficacia delle procedure⁴⁸. Grazie al d.lgs. n. 36/2023 si rafforza l'idea che, soprattutto attraverso la discrezionalità, l'amministrazione possa soddisfare nella maniera migliore possibile l'interesse pubblico alla base della procedura di gara⁴⁹, realizzando così il “risultato”⁵⁰, essendo ogni gara «funzionale a realizzare un'opera pubblica (o ad acquisire servizi e forniture) nel modo più rispondente agli interessi della collettività»⁵¹.

Il legislatore sembra aver considerato scelte discrezionali⁵² quelle riconducibili ad un margine di scelta dell'amministrazione nel campo dei contratti pubblici. Sarebbero dunque scelte discrezionali sia quelle frutto di una ponderazione di interessi, effettuate nella fase prodromica

⁴⁷ Sull'evoluzione tra vecchio e nuovo Codice dei contratti pubblici in tema di discrezionalità si vedano B. BOSCHETTI, N. BERTI, *La prevenzione della corruzione nei contratti pubblici a dieci anni dalla l. n. 190/2012: prove di un nuovo diritto amministrativo (tra risultato, fiducia e discrezionalità)* in *Istituzioni del Federalismo*, 3, 2022, 618 ss.

⁴⁸ Si veda in merito l'analisi compiuta da M. CAFAGNO, *Funzioni delle gare e principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici. Dalla giustapposizione al bilanciamento*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1, 2024, 101. L'autore ricorda che secondo il Considerando 42 della direttiva 2014/24UE «È indispensabile che le amministrazioni aggiudicatrici dispongano di maggiore flessibilità nella scelta di una procedura d'appalto che prevede la negoziazione «sulla scorta della convinzione “che un più ampio ricorso a tali procedure incrementi anche gli scambi transfrontalieri”».

⁴⁹ R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in *Diritto Amministrativo*, a cura di L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G.S COCA, I, Bologna, 2005, 773-774.

⁵⁰ Basti riflettere su quanto affermava A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. giur.*, XIII, 1964, 65 ss., secondo cui la discrezionalità consiste nell'agire libero dell'amministrazione come autorità, attenendo «all'attività nel suo modo di essere funzionale» alla tutela di un interesse pubblico.

⁵¹ T.A.R. Sicilia – Catania, Sez. III, 7 febbraio 2024, n. 478. Allo stesso modo, S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, <https://spec.unibo.it/spisa/it/risorse-online/studi-sulla-disciplina-dei-servizi-pubblici>, 6, «“risultato della esecuzione del contratto” [...] altro non è che l'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera pubblica, all'espletamento del servizio, al conseguimento della fornitura». Da ultimo, E. GUARNIERI, *Il principio di risultato nei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 4, 2023, 829-862.

⁵² Secondo la Relazione del Consiglio di Stato «agli articoli e agli allegati» dello schema definitivo del Codice dei contratti pubblici, 7 dicembre 2022, Roma, 12, «attraverso la codificazione dei principi, il nuovo progetto mira a favorire una più ampia libertà di iniziativa e di auto-responsabilità delle stazioni appaltanti, valorizzandone autonomia e discrezionalità (amministrativa e tecnica)».

alla pubblicazione del bando, sia quelle compiute in una fase successiva ad essa attraverso valutazioni tecniche⁵³. In svariati casi, infatti, non si rinvencono nel diritto vivente qualificazioni particolari in merito al tipo di discrezionalità esercitata dai funzionari della stazione appaltante. Così è discrezionale la scelta operata dalla stazione appaltante nella definizione del contenuto del bando⁵⁴, compresa la base d’asta⁵⁵; la scelta dei criteri

⁵³ A tale conclusione sembra giungere M. SPASIANO, *Principi e discrezionalità nel nuovo codice dei contratti pubblici: primi tentativi di parametrizzazione del sindacato*, in *federalismi.it*, 23, 2023, 235-236, secondo cui nel Codice «ambiti di discrezionalità [...] si ricavano in tutti i passaggi nei quali la norma, in presenza di determinati presupposti, non imponga uno specifico comportamento». Ed infatti, «A volte [...] potrà trattarsi di esercizio di discrezionalità tecnica, magari connessa ad accertamenti del tutto meta-amministrativi, altre, invece, a scelte di pura discrezionalità amministrativa». Su tali nozioni si vedano quanto alla discrezionalità tecnica S. COGNETTI, *Il controllo giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica: indeterminatezza della norma e opinabilità dell’apprrezzamento del fatto da sussumere*, in *Diritto e Processo amministrativo*, 2013, 352; G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 213; D. SORACE, S. TORRICELLI, cit., 291, per cui la discrezionalità (tecnica) risiederebbe nella scelta tra più soluzioni tecnicamente possibili. Parte della dottrina M. CLARICH, cit., 126 e G. DELLA CANANEA, M. DUGATO, B. MARCHETTI, A. POLICE, M. RAMAJOLI, cit., 145 ritengono che sia più corretto parlare di «valutazioni tecniche». L’accertamento di un fatto complesso e l’opinabile applicazione di norme tecniche non contemplano una vera e propria valutazione e comparazione di interessi. Sembra, infatti, affermarsi una «confusione terminologica». Come rileva P. LAZZARA, *Discrezionalità tecnica*, in *D. disc. pubbl.*, 2010, 164-165 quanto appena indicato è ricondotto alle riflessioni sia di M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, 3, Milano, 1993, 56 che considerava la discrezionalità tecnica un «errore storico della dottrina»; sia di V. BACHELET, *L’attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967, 37, che parlava di «equivoco metagiuridico». Circa invece la discrezionalità amministrativa M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, 73 che riprendono gli autori indicati. M. S. Giannini, in particolare, considerava la discrezionalità amministrativa come la necessità di effettuare una scelta, per tutelare l’interesse pubblico attribuito dalla legge all’amministrazione, indicato come primario, valutando comparativamente tutti gli interessi secondari (privati e pubblici) presenti nella fattispecie concreta. Per un’analisi più approfondita del pensiero di Giannini, si veda F.G. COCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1045 ss. e da ultimo G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali*, Napoli, 2012, 123.

⁵⁴ *Ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, 5, gennaio 2023, n. 175 secondo cui «la determinazione del contenuto del bando di gara costituisce espressione del potere discrezionale in base al quale l’Amministrazione può effettuare scelte riguardanti gli strumenti e le misure più adeguati, opportuni, congrui, efficienti ed efficaci ai fini del corretto ed effettivo perseguimento dell’interesse pubblico concreto, oggetto dell’appalto da affidare».

⁵⁵ T.A.R. Lazio – Roma, Sez. III, 27 agosto 2021, n.9402, «la base d’asta deve essere

di aggiudicazione⁵⁶; la fissazione dei requisiti di partecipazione; la valutazione dell'integrità o l'affidabilità dell'operatore economico⁵⁷; infine la scelta dell'operatore economico a cui affidare direttamente un contratto pubblico⁵⁸. Interpretazioni, queste, che, sebbene riguardino il precedente Codice, risultano tuttora attuali attenendo a norme che nella loro struttura replicano il d.lgs. n. 50/2016⁵⁹.

La posizione appena evidenziata del giudice amministrativo non solo rileva al fine di qualificare cosa sia o meno «discrezionale», ma delinea anche i limiti al sindacato giurisdizionale sulla scelta operata dall'ammi-

fissata dalla Stazione appaltante in misura non sproporzionata ed arbitraria, ma non deve necessariamente corrispondere al prezzo di mercato; la Stazione appaltante agisce, sotto tale profilo, con ampia discrezionalità in relazione alle scelte riguardanti gli strumenti e le misure più adeguati, congrui, efficienti ed efficaci, ai fini del corretto perseguimento dell'interesse pubblico oggetto dell'appalto da affidare, con la conseguenza che la stessa è sindacabile dal Giudice amministrativo solo per manifesta irragionevolezza o illogicità».

⁵⁶ T.A.R. Firenze, Sez. III, 29 giugno 2020, n. 825, secondo cui «La fissazione delle regole di gara ad opera della Stazione appaltante, ivi compresa l'enucleazione dei criteri di valutazione e l'attribuzione dei relativi valori ponderali, costituisce il frutto di scelte connotate da ampia discrezionalità».

⁵⁷ Da ultimo, T.A.R. Campania – Napoli, Sez. III, 12 gennaio 2023, n. 282 per cui «rientra nella discrezionalità dell'Amministrazione aggiudicatrice di fissare requisiti di partecipazione ad una singola gara». Dello stesso avviso, Cons. Stato, Sez. III, 21 marzo 2019, n.1857.

⁵⁸ Secondo Cons. Stato, Sez. V, 15 febbraio 2022, n.1108 «nell'ipotesi di affidamento diretto è riservata alla stazione appaltante la scelta discrezionale del contraente, senza che sia necessaria la previa consultazione di un certo numero di operatori economici, da individuarsi tramite indagini di mercato o elenchi, essendo ciò espressamente previsto solo per la diversa procedura negoziata senza bando».

⁵⁹ Basti vedere la procedura di anomalia dell'offerta ai sensi dell'art. 110, d.lgs. n. 36/2023, che prevede una valutazione discrezionale della stazione appaltante sull'avvio della procedura e sulla valutazione dell'anomalia stessa; confermando sotto questo profilo l'impostazione del precedente art. 97, d.lgs. n. 50/2016. Così anche gli artt. 93 e 108, d.lgs. 36/2023, confermano l'attività discrezionale della commissione giudicatrice e della stazione appaltante nella definizione dei criteri dell'offerta economicamente più vantaggiosa e nella scelta delle formule da attribuire all'offerta economica, a mente degli artt. 77 e 95, d.lgs. n. 50/2016. Può considerarsi altrettanto attività discrezionale della stazione appaltante la definizione del bando a base di gara e dei requisiti di partecipazione, della suddivisione dei lotti e della valutazione dei gravi illeciti professionali, secondo la formulazione normativa degli artt. 83, 100, 58, 98, d.lgs. n. 36/2023. Le indicazioni normative degli articoli appena indicati sembrano ricalcare le disposizioni di legge del d.lgs. n. 50/2016 sulla base delle quali il giudice amministrativo ha individuato discrezionalità amministrativa nelle sue varie forme.

nistrazione, a prescindere che sia effettuata attraverso ponderazione di interessi⁶⁰ o mediante accertamento di fatti complessi⁶¹. Merita allora evidenziare che il giudice tende prevalentemente ad arrestarsi sulla soglia di un sindacato volto a verificare «la logicità dell'operazione seguita»⁶². I giudizi effettuati dall'amministrazione sono pertanto sottratti al sindacato «salvo che, con riguardo alle figure sintomatiche dell'eccesso di potere, non siano palesemente arbitrari, irrazionali, illogici ovvero basati su un evidente travisamento dei fatti»⁶³ o sproporzionati⁶⁴.

⁶⁰ A. ZITO, *Consumazione del potere e discrezionalità*, in AA.VV., *Discrezionalità e amministrazione*, Napoli, 2023, 86, ritiene infatti che la definizione di discrezionalità offerta da M.S. Giannini nell'opera del 1939 fa «leva su un elemento (la ponderazione di tutti gli interessi in gioco) che per definizione di colloca in una dimensione [...] fattuale».

⁶¹ Così infatti E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit. 484 ritiene che se ci si ferma ad un sindacato c.d. estrinseco c'è una sovrapposizione tra discrezionalità tecnica e amministrativa. Allo stesso modo, G. CORSO, *Politica, tecnica, discrezionalità*, in AA.VV., *Discrezionalità e amministrazione*, Napoli, 2023, 378 e C.E. GALLO, *Sindacato del giudice e discrezionalità*, in AA.VV., *Discrezionalità e amministrazione*, Napoli, 2023, 252 che, affermando la necessità per il giudice di accedere al fatto per sindacare la discrezionalità. Infatti si considera un necessario un momento del potere discrezionale l'individuazione della realtà dei fatti e degli interessi rilevanti».

⁶² E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 484. Si veda poi l'analisi compiuta da M. NUNZIATA, *Sindacato sulle valutazioni tecniche nel contenzioso sui contratti pubblici*, in *Le valutazioni tecnico scientifiche tra amministrazione e giudice*, a cura di A. MOLITERNI, 355 ss. secondo cui emerge come il giudice ancora sia strettamente legato ad un sindacato estrinseco dell'attività discrezionale (tecnica) della stazione appaltante. Residuano inoltre orientamenti della giurisprudenza amministrativa minoritari che, pur riconoscendo un pieno accesso al fatto e la possibilità di effettuare un sindacato intrinseco da parte del giudice, rilevano sempre la necessità di un sindacato estrinseco che bada alla ragionevolezza, alla proporzionalità e all'eventuale difetto di istruttoria. Infatti, «quando ad un certo problema tecnico ed opinabile l'Autorità ha dato una determinata risposta [...] il giudice non è chiamato, sempre e comunque, a sostituire la sua decisione a quella dell'Autorità, dovendosi piuttosto limitare a verificare se siffatta risposta rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate, che possono essere date a quel problema alla luce della tecnica, delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto» Cons. Stato, Sez. VI, 16 luglio 2021, n. 5373.

⁶³ T.A.R. Sicilia – Catania, Sez. III, 13 marzo 2023, n. 794. Dello stesso avviso, Cons. Stato, Sez. V, 28 dicembre 2022, n. 11465; Cons. Stato, Sez. V, 4 novembre 2022, n. 9691; Cons. Stato, Sez. V, 11 aprile 2022, n. 2713; T.A.R. Piemonte, Sez. II, 15 novembre 2021, n. 1021; T.A.R. Campania – Napoli, Sez. III, 3 maggio 2021, n. 2952; T.A.R. Abruzzo – Pescara, Sez. I, 20 febbraio 2018, n. 66.

⁶⁴ Secondo Cons. Stato, Sez. III, 21 marzo 2019, n. 1857; 22 febbraio 2019, n. 1222; TAR Campania – Napoli, 6 marzo 2019, n. 1276 la decisione discrezionale della

Anche la più recente giurisprudenza conferma quanto indicato ove prevede che le valutazioni in tema di contratti pubblici possano essere sindacate solo «in caso di macroscopiche illegittimità, quali gravi ed evidenti errori di valutazione oppure valutazioni abnormi o inficiate da errori di fatto»⁶⁵.

Sebbene il sindacato del giudice appaia particolarmente limitato, la conoscenza dei presupposti di fatto che hanno guidato la scelta dell'amministrazione potrà essere determinante per accrescere la percezione di un vizio. Ed in effetti, ai fini della scelta l'amministrazione avrà dovuto acquisire «fatti, interessi e circostanze oggettivamente rilevanti in quello specifico contesto istruttorio»⁶⁶. Attraverso questo complesso di elementi sarà possibile verificare se l'amministrazione ha esercitato correttamente la propria discrezionalità. Si pensi al caso del principio di ragionevolezza, il quale sostanziandosi nel dovere «di desumere solo le deduzioni plausibili dagli elementi di prova acquisiti»⁶⁷, richiede necessariamente un «contenu-

stazione appaltane «è sindacabile dal giudice amministrativo soltanto nei limiti della ragionevolezza e proporzionalità».

⁶⁵ Cons. Stato, Sez. III, 17 giugno 2019 n. 4025. Così anche Cons. Stato, Sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990 per cui «il sindacato del giudice amministrativo sui giudizi che si atteggiano alla stregua di espressione di discrezionalità tecnica, può limitarsi al controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito nell'attività amministrativa se ciò appare sufficiente per valutare la legittimità del provvedimento impugnato e non emergano spie tali da giustificare una ripetizione, secondo la tecnica del sindacato intrinseco, delle indagini specialistiche; tale sindacato può anche consistere, ove ciò sia necessario ai fini della verifica della legittimità della statuizione gravata, nella verifica dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico e procedimento applicativo, fermo restando che esula dal compito del giudice amministrativo il riesame delle autonome valutazioni dell'interesse pubblico compiute dall'amministrazione sulla base delle cognizioni tecniche acquisite». Da ultimo, Cons. Stato, Sez. V, 11 aprile 2022, n. 2713 ritiene che «il giudice non possa sovrapporre la sua idea tecnica al giudizio non contaminato da profili di erroneità e di illogicità formulato dall'organo amministrativo al quale la legge attribuisce la penetrazione del sapere specialistico ai fini della tutela dell'interesse pubblico nell'apprezzamento del caso concreto».

⁶⁶ S. COGNETTI, *Il controllo giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica: indeterminazione della norma e opinabilità dell'apprezzamento del fatto da sussumere*, in *Diritto e Processo amministrativo*, cit., 353, che ravvisa come l'acquisizione di fatti, interessi e circostanze sia un elemento comune a discrezionalità tecnica e pura (in sostanza ogni margine di scelta dell'amministrazione).

⁶⁷ P.M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993, 93.

to decisorio coerente e consequenziale»⁶⁸ relativamente ai dati di fatto e di diritto emersi. Così, anche l’adeguatezza dell’istruttoria, relazionandosi talvolta alla ragionevolezza stessa della scelta⁶⁹, esige che l’amministrazione effettui un’istruttoria coerente alle circostanze di fatto oggetto di valutazione dell’amministrazione⁷⁰.

Allo stesso modo di quanto accade nell’applicazione del principio di ragionevolezza, anche nell’applicazione del principio di proporzionalità si impone – nella verifica dei suoi tre *test* – che siano garantite l’esattezza e la completezza dei fatti e degli interessi rilevanti nel procedimento,

⁶⁸ P.M. VIPIANA, cit., 99. Secondo l’autrice quanto indicato è la rappresentazione della «ragionevolezza in senso oggettivo». L’apprezzamento dei fatti posti a base del provvedimento amministrativo è sindacabile «ove risulti inficiato da vizi logici». Da ultimo, F. TRIMARCHI BANFI, *Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative*, in *Diritto amministrativo*, 2019, 326, ha affermato come la ragionevolezza, nel rispetto del principio della separazione dei poteri, si sostanzia nel fatto che il giudice può «censurare il risultato dell’attività cognitiva dell’amministrazione soltanto se la divergenza verte su fatti che sono suscettibili di accertamento, secondo criteri oggettivi; il resto è materia di opinione».

⁶⁹ Secondo T.A.R. Sicilia – Palermo, Sez. II, 17 novembre 2022, n. 3269, per far sì che il potere sia esercitato nel rispetto del principio di ragionevolezza, occorre che l’amministrazione dia conto in motivazione dell’adeguata istruttoria espletata attraverso la raccolta di idonei presupposti di fatto (nel caso di specie si trattava del rilascio di una licenza di pubblica sicurezza per l’apertura di un centro di raccolta di gioco e scommesse). Allo stesso modo T.A.R. Campania – Napoli, Sez. V, 14 settembre 2022, n. 5720, ritiene che per ottenere la licenza di guardia giurata, nonché la licenza di porto di pistola, sono necessari requisiti specifici. La valutazione dei requisiti necessari per l’esercizio delle funzioni di guardia giurata in particolare «deve essere esercitata da parte dell’Autorità di P.S. nel rispetto dei canoni tipici della discrezionalità amministrativa, sia sotto il profilo motivazionale che quello della coerenza logica e della ragionevolezza, dandosi conto in motivazione dell’adeguata istruttoria espletata al fine di evidenziare circostanze di fatto in ragione delle quali il soggetto richiedente eventualmente sia ritenuto pericoloso o comunque capace di abusi nell’uso delle armi o nell’esercizio delle funzioni».

⁷⁰ Cons. Stato, Sez. III, 20 marzo 2020, n. 2004, nel valutare se la scelta operata nella definizione della base d’asta fosse stata o meno preceduta da un’adeguata istruttoria per garantire il principio del *favor participationis*, ha affermato la necessità di compiere adeguate analisi di mercato per definire le premesse di fatto all’esercizio del potere, frutto nel caso di specie di discrezionalità tecnica. Anche per Cons. Stato, Sez. V, 23 settembre 2022, n. 8220 «la ragionevolezza costituisce un criterio al cui interno convergono altri principi generali dell’azione amministrativa (imparzialità, uguaglianza, buon andamento) e la Pubblica amministrazione, in forza di tale principio, deve rispettare una direttiva di razionalità operativa al fine di evitare decisioni arbitrarie od irrazionali; in virtù di tale principio, l’azione dei pubblici poteri non deve essere censurabile sotto il profilo della logicità e dell’aderenza ai dati di fatto risultanti dal caso concreto».

evidenziando come dalla “qualità” della stessa istruttoria procedimentale derivi la possibilità di percepire in termini “qualitativi” la proporzionalità o meno della decisione⁷¹.

A questo punto, l’attenzione non può che spostarsi sul patrimonio conoscitivo che la digitalizzazione reca con sé, essendo il *fatto* e la sua corretta acquisizione elementi comuni alla struttura dei vari tipi di discrezionalità amministrativa nonché sintomatici dei vizi che caratterizzano i margini di scelta dell’agire pubblico⁷². Occorre pertanto esaminare in che modo l’informatizzazione delle procedure ad evidenza pubblica consenta di raggiungere un risultato “conoscitivo” utile ad acquisire fatti funzionali all’applicazione delle norme in tema di appalti e di concessioni, anche verificando eventuali usi distorti della discrezionalità.

3. *Lo stretto legame tra maladministration e patrimonio conoscitivo dell’amministrazione: il ruolo della Banca dati nazionale dei contratti pubblici*

Il patrimonio conoscitivo acquisito dalla P.A. attraverso le nuove forme di digitalizzazione delle procedure di aggiudicazione costituisce un elemento essenziale sia per l’esercizio che per il controllo della discrezionalità amministrativa⁷³. Controllo, questo, che veniva tradizionalmente ricondotto agli istituti offerti dalla legge 7 agosto 1990 n. 241, a partire dalla partecipazione procedimentale nella sua accezione “collaborativa”, quale elemento essenziale di risorsa conoscitiva al fine di percepire con maggiore accuratezza gli interessi in gioco⁷⁴.

⁷¹ S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, cit., 175.

⁷² Come ha evidenziato G. CORSO, cit., 214 «la discrezionalità si risolve, come abbiamo visto, in una scelta che non è univoca (altrimenti si tratterebbe di un potere vincolato), ma che è comunque plausibile entro un certo margine – che attiene o alla qualificazione del fatto o della situazione presupposta o alla misura presa».

⁷³ Cfr. par. 2.

⁷⁴ Tra tutti si veda M. OCCHIENA, *Prime riflessioni sugli interessi procedurali dopo la legge sul procedimento amministrativo*, in *Diritto e processo amministrativo*, 1997, 775 secondo cui la partecipazione procedimentale «è strumentale alla soddisfazione dell’interesse pubblico di cui è portatore l’ente procedente ed è soltanto un mezzo oggettivo (di introduzione di elementi valutativi per meglio individuare nel caso concreto lo stesso interesse pubblico), e non il fine». Sul punto si veda anche E. CASETTA, *Profili della evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, in *Diritto amministrativo*, 1993, 6; F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 161ss.

Diversamente dal passato, nell'era della digitalizzazione l'insieme dei fatti, degli interessi e delle circostanze necessarie alle stazioni appaltanti per la predisposizione e per l'esecuzione delle procedure di appalto e di concessione è formato prioritariamente dalle banche dati. Come anticipato, il d.lgs. n. 36/2023, confermando le ultime modifiche apportate al d.lgs. n. 50/2016⁷⁵, prevede la centralità della Banca dati nazionale dei contratti pubblici, in cui confluiscono «i servizi e le informazioni necessari allo svolgimento delle fasi dell'intero ciclo di vita dei contratti pubblici»⁷⁶.

Dalla lettura del Codice si evince come la banca dati indicata sia funzionale a garantire, oltre che trasparenza e pubblicità, anche tracciabilità delle procedure di gara da cui passa necessariamente il patrimonio conoscitivo in parola⁷⁷. Ciò risulta evidente se si esamina la composizione della Banca dati nazionale. Essa contiene al suo interno⁷⁸ sia l'Anagrafe degli operatori economici utile a consentire un loro censimento da mettere a disposizione di tutti i soggetti operanti nell'ambito dell'ecosistema

⁷⁵ Si pensi alla l. 108/2021 che, modificando gli artt. 29 e 81, d.lgs. n. 50/2016, ha richiesto rispettivamente che «Tutte le informazioni inerenti agli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione, alla scelta del contraente, all'aggiudicazione e all'esecuzione di lavori, servizi e forniture relativi all'affidamento, inclusi i concorsi di progettazione e i concorsi di idee e di concessioni, compresi quelli di cui all'articolo 5, sono gestite e trasmesse tempestivamente alla Banca Dati Nazionale dei Contratti pubblici» e che «a documentazione comprovante il possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-professionale ed economico e finanziario, per la partecipazione alle procedure disciplinate dal presente codice e per il controllo in fase di esecuzione del contratto della permanenza dei suddetti requisiti, è acquisita esclusivamente attraverso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici»; introducendo il fascicolo virtuale dell'operatore economico e la necessità dell'interoperabilità delle Banche dati. Si veda in merito sull'evoluzione relativa al precedente Codice dei contratti, L. DONATO, M. MARICONDA, M. MIRRONE, *La digitalizzazione possibile degli appalti pubblici. L'analisi della Banca d'Italia per l'Anac sulle prospettive dell'e-procurement*, in *Astrid Rassegna*, 8, 2020, 1 ss.; M. PIGNATTI, *La digitalizzazione e le tecnologie informatiche per l'efficienza e l'innovazione nei contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 12, 2022, 133 ss.; P. PISELLI, *Public procurement 4.0: i nuovi strumenti digital al servizio della contrattualistica pubblica*, in *Riv. trim. app.*, 3, 2019, 861 ss.

⁷⁶ Art. 23, comma 4, d.lgs. n. 36/2023.

⁷⁷ Come confermato dalla Relazione del Consiglio di Stato «agli articoli e agli allegati» dello schema definitivo del Codice dei contratti pubblici, 7 dicembre 2022, Roma, 44, riguardo all'art. 23 comma 3, d.lgs. n. 36/2023.

⁷⁸ Si veda in tal merito, <https://dati.anticorruzione.it/superset/dashboard/appalti/>.

nazionale di approvvigionamento pubblico⁷⁹; sia il Fascicolo virtuale degli operatori medesimi⁸⁰, in cui confluiscono i dati relativi all'assenza di cause di esclusione automatica, all'assenza di gravi illeciti professionali insieme alle evidenze utili a dimostrare la qualificazione tecnica economica e finanziaria dell'operatore economico, e le informazioni riguardanti l'intero ciclo di vita dei contratti pubblici secondo un principio di interoperabilità⁸¹. Quest'ultimo principio rappresenta una delle sfide principali del nuovo Codice, non solo per rendere il più possibile completa la banca dati relativamente ai dati in possesso dalle amministrazioni italiane, ma anche per realizzare il principio dell'unicità dell'invio, evitando che la trasmissione del dato, già effettuata da una stazione appaltante, sia replicata da un'altra⁸². Si definisce, infatti, un regime unico di pubblicità legale rappresen-

⁷⁹ A mente dell'art. 31, d.lgs. n. 36/2023. L'anagrafe, inoltre, sarà istituita presso ANAC.

⁸⁰ Ai sensi dell'art. 24, d.lgs. n. 36/2023.

⁸¹ L'interoperabilità delle banche dati è un tema più volte affrontato dalla dottrina in vari campi. Si legga in tema, F. MERLONI, *Coordinamento e governo dei dati nel pluralismo amministrativo*, in *Il regime dei dati pubblici. Esperienze europee e ordinamento nazionale*, a cura di B. PONTI, Rimini, 2008, 156 ss.; E. CARLONI, *La qualità delle informazioni pubbliche. L'esperienza italiana nella prospettiva comparata*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2009, 155 ss.; A. SANDULLI, *Lo "Stato digitale". Pubblico e privato nelle infrastrutture digitali nazionali strategiche*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2021, 514 ss.; L.G. SCIANNELLA, "E-government" e accessibilità ai servizi: il "Sigle Digital Gateway", in *ambientediritto.it*, 2021, 458 ss.; G. BUTTARELLI, *L'interoperabilità dei dati nella Pubblica Amministrazione*, in *Lo Stato digitale nel Piano nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR)*, a cura di V. BONTEMPI, RomaTre Press, 2022, 144 ss. Da ultimo, sul rapporto tra coordinamento delle banche dati e governo del territorio, si veda M. DEMICHELIS, *Il coordinamento delle informazioni geografiche e territoriali per il governo digitale del territorio*, in *Dir. amm.*, 2023, 407 ss.

⁸² L'art. 19, comma 4, d.lgs. n. 36/2023, riporta tra i principi proprio quello dell'interoperabilità delle banche dati, secondo cui « I soggetti titolari di banche dati adottano le necessarie misure organizzative e di revisione dei processi e dei regolamenti interni per abilitare automaticamente l'accesso digitale alle informazioni disponibili presso le banche dati di cui sono titolari, mediante le tecnologie di interoperabilità dei sistemi informativi secondo le previsioni e le modalità del codice di cui al decreto legislativo n. 82 del 2005». Sulla necessità dell'interoperabilità delle banche dati per garantire efficacia di sistema in direzione della buona amministrazione si veda in prima battuta e con spirito di prospettiva G.M. RACCA, *Dall'autorità sui contratti pubblici all'autorità nazionale anticorruzione: il cambiamento del sistema*, in *Dir. amm.*, 2015, 346. Successivamente, sulla necessità di abilitare lo scambio e la condivisione delle informazioni tra amministrazioni M. FALCONE, *Big data e pubbliche amministrazioni: nuove prospettive per la funzione conoscitiva pubblica*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2017, 618 ss.; G. CARULLO, *Gestione, fruizione e diffusione dei*

tato proprio dalla Banca dati nazionale e dalla Piattaforma Pubblicità a Valore legale⁸³ delle gare in essere e aggiudicate, da cui le amministrazioni possono ottenere i dati necessari per l'esercizio della loro funzione, evitando inutili ridondanze procedurali⁸⁴.

Grazie alla interoperabilità, la banca dati nazionale, pur rimanendo uno strumento statico in cui si veicolano dati e informazioni per creare un patrimonio comune, assume una dimensione dinamica costituita dalla modalità di acquisizione del dato. Basti riflettere sul continuo dialogo con le diverse banche dati o piattaforme in possesso delle stazioni appaltanti da cui ottenere informazioni che permettono un aggiornamento pressoché istantaneo della banca dati stessa⁸⁵.

Nei modi precisati si offre dunque un patrimonio conoscitivo alle pubbliche amministrazioni. Queste potranno giovare degli atti adottati da altre amministrazioni per conoscere le condizioni tecniche e di mercato in cui operano. Quest'ultimo profilo appare ancor più chiaro se si considerano i dati che, su indicazione dell'ANAC, le stazioni appaltanti dovranno inviare⁸⁶ alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici⁸⁷. In particolare,

dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa, Torino, 2018, 129-138; G. CARULLO, *L'amministrazione quale piattaforma di servizi digitali*, Napoli, 2022, 14- 15; F. COSTANTINO, *Impresa e pubblica amministrazione: da industria 4.0 al decreto semplificazioni*, in *Dir. amm.*, 2020, 892; G. CARULLO, *L'amministrazione quale piattaforma di servizi digitali*, Napoli, 2022, 14- 15; G. M. RACCA, *Le innovazioni necessarie per la trasformazione digitale e sostenibile dei contratti pubblici*, in *Contratti pubblici e innovazioni per l'attuazione della legge delega*, a cura di R.C. PERIN, M. LIPARI, G.M. RACCA, Napoli, 2022, 25 ss.; M. FALCONE, *Ripensare al potere conoscitivo tra algoritmi e big data*, Napoli, 2023, 100 ss.; G.M. RACCA, *La “fiducia digitale” nei contratti pubblici tra piattaforma e data analysis*, in *Istituzioni del federalismo*, 2, 2023, 357-388.

⁸³ A mente dell'art. 27, d.lgs. n. 36/2023. La BDNCP dialoga con la Piattaforma per la pubblicità a valore legale degli avvisi e degli esiti di gara, che attua le previsioni degli articoli 27, 84 e 85 del d.lgs. n. 36/2023, secondo le modalità definite dalla delibera ANAC n. 263/2023. Restano ferme le forme di pubblicità nel TED che sono assicurate dall'interoperabilità delle piattaforme telematiche e della BDNCP a mente dell'art. 84, comma 1, d.lgs. n. 36/2023.

⁸⁴ E. GUARNIERI, *La digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti*, in *Diritto dei contratti pubblici*, a cura di F. MASTRAGOSTINO, G. PIPERATA, Torino, 2024, 232, occorre distinguere pubblicità legale dalla pubblicità ai fini della trasparenza.

⁸⁵ Si veda in merito, P. CLARIZIA, *La digitalizzazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3, 2023, 306-307.

⁸⁶ Secondo l'art. 225, comma 2, d.lgs. n. 36/2023, le stazioni appaltanti dovranno inviare tali informazioni a decorrere dal 1 gennaio 2024.

⁸⁷ Ai sensi dell'art. 23 comma 5, d.lgs. n. 36/2023, l'ANAC «individua le informa-

essi riguardano la programmazione, progettazione e pubblicazione (bandi, gli avvisi di gara e quelli relativi alla costituzione di elenchi di operatori economici), l'affidamento (avvisi di aggiudicazione e le determine di aggiudicazione degli affidamenti diretti), infine tutte le vicende della fase esecutiva⁸⁸.

Le informazioni reperibili nel sistema conoscitivo serviranno, ad esempio, a “mappare” gli operatori economici di settore anche con riguardo alla loro capacità tecnica attraverso la visione del fascicolo virtuale sopra accennato. Conoscenze che, a ben vedere, potrebbero anche costituire le premesse attraverso cui esercitare attività discrezionale nella redazione degli atti di gara, come, ad esempio, nella definizione del contenuto del provvedimento di aggiudicazione; nella definizione di un prezzo competitivo a base d'asta o nella suddivisione degli appalti in lotti; così come nella valutazione della presenza di un'offerta anomala in seguito alla pubblicazione del bando di gara.

Come brevemente accennato, la Banca dati nazionale nel fornire elementi rilevanti per la gestione dell'intero ciclo di vita dei contratti pubblici valorizza la trasparenza delle procedure di affidamento⁸⁹ come

zioni che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti sono tenuti a trasmettere alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici attraverso le piattaforme telematiche di cui all'articolo 25».

⁸⁸ Come si evince dalla delibera ANAC n. 261 del 20 giugno 2023, 11, le stazioni appaltanti dovranno inviare alla BDNCP: «La stipula e l'avvio del contratto gli stati di avanzamento, i subappalti; le modifiche contrattuali e le proroghe; le sospensioni dell'esecuzione, gli accordi bonari; le istanze di recesso; la conclusione del contratto; il collaudo finale».

⁸⁹ Sulla concezione di trasparenza quale principio finalizzato al controllo generalizzato dell'azione amministrativa: G. GARDINI, *Il codice della trasparenza: un primo passo verso il diritto all'informazione amministrativa?* in *Giornale di diritto amministrativo*, 8-9, 2014, 875-891; M.A. SANDULLI, *Riflessioni in tema di trasparenza anche alla luce del diritto di accesso civico*, in *Nuove autonomie*, 1, 2015, 63 ss.; S. VILLAMENA, *Il c.d. FOIA (o accesso civico 2016) ed il suo coordinamento con istituti consimili* in *www.federalismi.it*, 23, 2016; G. GARDINI, *La nuova trasparenza amministrativa: un bilancio a due anni dal "FOIA Italia"*, in *www.federalismi.it*, 1, 2017; M.R. SPASIANO, *I principi di pubblicità. Trasparenza e imparzialità*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2017; *Il FOIA italiano: vincitori e vinti. Un bilancio a tre anni dell'introduzione*, a cura di G. GARDINI, MAGRI, Rimini, 2019; E. CARLONI, *Il paradigma della trasparenza*, Bologna, 2022, 50 ss. Da ultimo, sull'evoluzione della disciplina, B. PONTI, *Dieci anni di diritto alla trasparenza amministrativa: caratteri originari, trasformazione e integrazione del modello* in *Istituzioni del Federalismo*, 3, 2022, 635-668. Con particolare riferimento al nuovo Codice dei contratti pubblici, si veda l'analisi condotta da A. CORRADO,

principale contraltare alla discrezionalità della stazione appaltante⁹⁰. La possibilità di tracciare quanto deciso dall'amministrazione, concentrando in un'unica fonte quanto era invece distribuito nelle varie sezioni informatiche «amministrazione trasparente» o «società trasparente»⁹¹, permette agli organi di controllo di verificare in maniera più incisiva fenomeni di *maladministration* valutando, ad esempio, se i provvedimenti pubblicati siano o meno motivati coerentemente alle premesse di fatto o nel rispetto della legge⁹².

Il patrimonio conoscitivo così formato rappresenta un valido alleato anche per gli operatori economici per tutelare i propri interessi, potendo conoscere in maniera più completa la domanda pubblica e le informazioni di mercato necessarie a presentare offerte più competitive. Inoltre, i dati presenti nella banca dati nazionale risulteranno essenziali per accertare ai fini della tutela giurisdizionale se l'azione amministrativa sia stata o meno conforme alle disposizioni di legge e ai principi che la regolano. Un esempio di quanto appena riferito è rappresentato dal Fascicolo virtuale dell'operatore economico, attraverso cui verificare se l'amministrazione abbia aggiudicato un contratto pubblico ad un operatore economico in possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-organizzativo ed economico-finanziario⁹³ o nel rispetto del principio di rotazione⁹⁴.

La Banca dati oggetto d'esame costituisce pertanto un utile strumento conoscitivo per evidenziare i fatti, le circostanze e gli interessi necessari per affidare il contratto e garantire la sua esecuzione, costituendo – allo

Il regime della trasparenza e dell'accesso digitale ai documenti nei contratti pubblici: vantaggi e criticità alla vigilia dell'applicazione delle nuove norme del Codice in www.federalismi.it, 31, 2023, 80-109.

⁹⁰ E. CARLONI, *L'anticorruzione e la trasparenza nel sistema di procurement pubblico: tendenze e prospettive ai tempi del pnrr*, cit. 662 per cui «la trasparenza è chiamata ad assumere una funzione di contrappeso all'elasticità/discrezionalità».

⁹¹ Secondo quanto previsto dal d.lgs. n. 33/2013.

⁹² In tal senso G.M. RACCA, *Trasformazione e innovazioni digitali*, in *Dir. amm.*, 4, 2023, 735-736.

⁹³ Ai sensi dell'art. 24, d.lgs. n. 36/2023 e secondo le modalità definite dalla delibera n. 262 del 20 giugno 2023, il fascicolo virtuale dell'operatore economico serve all'amministrazione per verificare «l'assenza delle cause di esclusione di cui agli articoli 94 e 95 e per l'attestazione dei requisiti di cui all'articolo 103 per i soggetti esecutori di lavori pubblici, nonché dei dati e dei documenti relativi ai criteri di selezione requisiti di cui all'articolo 100 che l'operatore economico inserisce».

⁹⁴ A mente dell'art. 49, d.lgs. n. 36/2023. In tema si veda da ultimo, E. GIARDINO, *Gli affidamenti sotto soglia*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3, 2023, 347-349.

stesso tempo – un’essenziale fonte di cognizione finalizzata a comprendere quanto compiuto dalle stazioni appaltanti. Un ulteriore strumento messo a disposizione dal d.lgs. n. 36/2023 per rendere più profondo il tracciamento dell’attività della pubblica amministrazione è costituito dalle piattaforme telematiche. Come si vedrà anch’esse risulteranno un valido ausilio per conoscere i fatti, gli atti e gli interessi posti a base delle decisioni amministrative, ripercorrendo l’*iter* logico giuridico compiuto dal funzionario.

4. *Le piattaforme certificate di approvvigionamento digitale come ulteriore strumento di controllo nello svolgimento delle fasi di gara*

Uno degli interventi più importanti sul piano della digitalizzazione delle procedure di affidamento di appalti e di concessioni operato dal d.lgs. n. 36/2023 è rappresentato dall’obbligo di utilizzo di piattaforme digitali nell’intero ciclo di vita dei contratti pubblici. Il protagonismo delle piattaforme di approvvigionamento, interoperabili con banche dati e ulteriori piattaforme come la piattaforma nazionale dei dati, rappresenta la realizzazione di uno dei principali obiettivi eurounitari⁹⁵, ribaditi all’interno del PNRR⁹⁶, finalizzati ad assicurare efficienza, efficacia e controllabilità delle procedure ad evidenza pubblica⁹⁷.

Prima dell’avvento del nuovo Codice⁹⁸, il d.lgs. n. 50/2016, insieme al Bando Tipo ANAC⁹⁹, aveva previsto il ricorso «a procedure di gara

⁹⁵ Basti riflettere su quanto indicato dalla Commissione UE, EXEP Group, *Interoperability in end-to-end eProcurement*, 2019, che pone come obiettivo quello di garantire una piena interoperabilità fra banche dati, piattaforme nazionali ed europee per garantire efficacia, efficienza e controllabilità delle procedure di appalto. Senza soluzione di continuità si veda anche Consiglio dell’Unione europea, Conclusioni del 30 novembre 2020 (2020/C 412 I/01), *Investimenti pubblici mediante appalti pubblici: ripresa sostenibile e rilancio di un’economia dell’UE resiliente*.

⁹⁶ Con particolare riferimento all’obiettivo, già citato, di «definire le modalità per digitalizzare le procedure per tutti gli appalti pubblici e concessioni e definire i requisiti di interoperabilità e interconnettività» (M1C1-70).

⁹⁷ G. M. RACCA, *Trasformazione e innovazioni digitali*, cit., 4, 2023, 733.

⁹⁸ Si veda più diffusamente, F. CARDARELLI, *Le procedure telematiche*, in *Trattato sui contratti pubblici*, III, *Procedure di gara e criteri di scelta del contraente*, diretto da M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, Milano, 2019, 182 ss.

⁹⁹ Anche l’ANAC ha eletto la procedura telematica quale soluzione principale per

interamente gestite con sistemi telematici»¹⁰⁰, assicurando che tali sistemi rispettassero i principi di *favor participationis*¹⁰¹ e *par condicio* al pari delle tradizionali procedure ad evidenza pubblica su “carta”¹⁰². Sebbene fossero presenti diverse piattaforme di approvvigionamento per gli acquisti sotto-soglia (come Consip “AcquistinretePA”¹⁰³, altri mercati elettronici regionali¹⁰⁴ o piattaforme private¹⁰⁵ e acquistate dalle stazioni appaltanti per lo svolgimento di procedure di gara anche sopra soglia) non era possibile sfruttare appieno le loro potenzialità. Infatti, il dato normativo non consentiva di tracciare e gestire l’intera fase esecutiva¹⁰⁶, limitando il campo di applicazione dei *software* a solo parte dell’intero ciclo di vita dei contratti.

Nonostante i limiti anzidetti, le piattaforme telematiche consentivano,

l’affidamento dei contratti pubblici sopra soglia eurounitaria, obbligando le amministrazioni aggiudicatrici a motivare nella determina a contrarre la scelta di procedere con l’ormai vecchio sistema degli affidamenti cartacea. Si veda in merito la Delibera ANAC n. 773 del 24 novembre 2021 e, sul rilievo del Bando Tipo 1, l’art. 72, d.lgs. n. 50/2016.

¹⁰⁰ Art. 58, comma 1, d.lgs. n. 50/2016.

¹⁰¹ Al fine di valorizzare il *favor participationis*, l’art. 58, d.lgs. n. 50/2016 prevedeva poi che la piattaforma attribuisse «in via automatica a ciascun operatore economico che partecipa alla procedura un codice identificativo personale attraverso l’attribuzione di userID e password e di eventuali altri codici individuali necessari per operare all’interno del sistema»; la trasmissione di una ricevuta circa la corretta ricezione dell’offerta economica; piena accessibilità a persone con disabilità ed infine la produzione, in automatico, della graduatoria a conclusione della procedura.

¹⁰² Nonostante l’art. 58, comma 1, d.lgs. n. 50/2016 non indicasse le caratteristiche che questi strumenti informatici dovevano possedere, si richiedeva comunque che gli stessi non alterassero la parità di accesso agli operatori o che impedissero, limitassero o distorcessero la concorrenza o modificassero l’oggetto dell’appalto, come definito dai documenti di gara.

¹⁰³ Come è noto comprende il Mercato elettronico della pubblica amministrazione (MePa).

¹⁰⁴ Come, ad esempio, il MultiEnte Marche Gare Telematiche per gli Enti della Regione Marche (gestito da Maggioli); START – Sistema di acquisti telematici della Regione Toscana (Regione Toscana); S.TEL.L@ – Sistema Telematico Acquisti Regione Lazio (Direzione Regionale della Centrale Acquisti del Lazio).

¹⁰⁵ *Ex multis*, Appalti&Contratti *e-procurement* (Maggioli Spa); Acquisti telematici (Digital PA Srl); Tuttogare PA (Asmel by StudioAmica srl).

¹⁰⁶ A mente del D.M., 148/2021 l’art. 11 prevedeva unicamente che il sistema di approvvigionamento telematico consentisse solamente pagamenti in via telematica mentre all’art. 14 si indicava solo che il sistema telematico acquisisse la documentazione di gara e ne permettesse la «redazione».

secondo le indicazioni del D.M. n. 148/2021, di tracciare le attività di tutti i soggetti pubblici e privati che vi accedevano in un apposito registro, dall'acquisizione del CIG (codice identificativo gara)¹⁰⁷ e della successiva redazione della determina¹⁰⁸ a contrarre, fino all'apertura e valutazione delle offerte tecniche ed economiche da parte della commissione di gara¹⁰⁹ e conseguente aggiudicazione¹¹⁰. Ciò permetteva di ottenere, attraverso la consultazione dei registri telematici, tutti i presupposti di fatto che avevano scandito l'avanzare della procedura di gara.

Il nuovo Codice del 2023 implementa l'opera di digitalizzazione soprattutto sul piano della trasparenza. Le piattaforme telematiche diventano il supporto organizzativo essenziale per l'intero ciclo di vita dei contratti pubblici¹¹¹: dalla programmazione, alla progettazione, alla pubblicazione, all'affidamento e all'esecuzione.

Superando i precedenti limiti di operatività della piattaforma, la nuova disciplina impone: «a) la redazione o l'acquisizione degli atti in formato nativo digitale; b) la pubblicazione e la trasmissione dei dati e documenti alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici; c) l'accesso elettronico alla documentazione di gara; d) la presentazione del documento di gara unico europeo in formato digitale e l'interoperabilità con il fascicolo virtuale dell'operatore economico; e) la presentazione delle offerte f) l'apertura, la gestione e la conservazione del fascicolo di gara in modalità digitale; g) il controllo tecnico, contabile e amministrativo dei contratti anche in fase di esecuzione e la gestione delle garanzie»¹¹².

Il sistema di *e-procurement* che il Codice attuale delinea prevede una certificazione delle piattaforme telematiche attraverso apposita determina dell'AgID¹¹³ che prescrive a *software* privati e pubblici caratteristiche *standard* in tutto il territorio nazionale per realizzare i principi e i diritti digitali secondo quanto previsto dall'art. 19, d.lgs. n. 36/2023. Tali caratteristiche assicurano che le piattaforme di approvvigionamento digitale realizzino prima di tutto trasparenza¹¹⁴ e legalità, tracciando più approfonditamente

¹⁰⁷ Art. 12, D.M., 148/2021.

¹⁰⁸ Art. 13, D.M., 148/2021.

¹⁰⁹ Art. 17, D.M., 148/2021.

¹¹⁰ Art. 25, D.M., 148/2021.

¹¹¹ Art. 21, d.lgs. n. 36/2023.

¹¹² Art. 22, d.lgs. n. 36/2023.

¹¹³ Determinazione AgID n. 137/2023 del 1 giugno 2023.

¹¹⁴ Ai sensi dell'art. 20, d.lgs. n. 36/2023 che eleva la trasparenza quale principio da

le operazioni compiute dai funzionari pubblici e dagli operatori economici in un registro informatico appositamente creato¹¹⁵. Si indica infatti la necessità che questo registro sia inalterabile¹¹⁶, che contenga al suo interno particolari operazioni come l’apertura delle offerte e la richiesta di cancellazione dei dati contenuti nella piattaforma, i dati identificativi, la provenienza digitale (IP) e gli accessi di chi opera e le comunicazioni effettuate¹¹⁷. Affinché sia consentita in maniera effettiva la tracciabilità delle operazioni, l’AgID richiede per la relativa certificazione che le piattaforme di approvvigionamento digitale producano estratti del Registro di sistema contenenti le informazioni raccolte per ogni singola procedura¹¹⁸, prevedendo meccanismi “forti” di cancellazione del dato registrato¹¹⁹.

La possibilità di controllare e di verificare l’azione amministrativa avviene soprattutto grazie all’interoperabilità delle piattaforme di approvvigionamento che realizzano il principio del *once – only*¹²⁰. Le piattaforme oggetto di analisi s’inseriscono in un sistema che “dialoga” con la Banca dati nazionale dei contratti pubblici e con tutti i servizi offerti dalla piattaforma digitale nazionale dati, agevolandone formazione e completezza di contenuto. L’AgID richiede infatti come requisito di certificazione la

tutelare attraverso la digitalizzazione.

¹¹⁵ “La piattaforma deve gestire un Registro di sistema, costituito da uno o più log, che garantisce la registrazione di ogni accesso (utente e profilo applicativo) degli eventi significativi in relazione al ciclo di vita del contratto” (Determinazione AgID n. 137/2023, 18).

¹¹⁶ “La piattaforma deve garantire l’inalterabilità del Registro di sistema e la possibilità di verifica della sua integrità” (Determinazione AgID n. 137/2023, 18).

¹¹⁷ Determinazione AgID n. 137/2023, 18-19-22.

¹¹⁸ “La piattaforma deve produrre estratti del Registro di sistema con le informazioni raccolte per ogni singola procedura ed allegare tale estratto al relativo fascicolo di gara” (Determinazione AgID n. 137/2023, 18).

¹¹⁹ “La piattaforma deve consentire la cancellazione del fascicolo di gara a seguito di richiesta del RUP. Tale funzione deve prevedere un meccanismo di controllo forte. Esempio: la conferma sia da parte del RUP che dell’ADS o ruolo del Gestore espressamente delegato per questa funzione” (Determinazione AgID n. 137/2023, p. 18).

¹²⁰ Come evidenziato da D.U. GALETTA, *Digitalizzazione, Intelligenza artificiale e Pubbliche Amministrazioni: il nuovo Codice dei contratti pubblici e le sfide che ci attendono*, 12, 2023, vi, il principio del *once - only* è strettamente legato alle capacità delle piattaforme di essere interconnesse con le banche dati anche alla luce di quanto indicato preliminarmente dal Regolamento (UE) 2018/1724 del Parlamento europeo e del Consiglio del 2 ottobre 2018 che istituisce uno sportello digitale unico per l’accesso a informazioni, procedure e servizi di assistenza e di risoluzione dei problemi.

capacità del *software* di inviare alla Banca dati nazionale tutti gli atti e i documenti necessari al suo aggiornamento¹²¹, a mente dell'art. 22 comma 2, lett. d) d.lgs. n. 36/2023, redatti in formato nativo digitale¹²², sia quelli che devono essere pubblicati (anche con effetto di pubblicità legale¹²³), dalla programmazione all'esecuzione (es. SAL, modifiche contrattuali, collaudo, ecc.)¹²⁴. Si richiede inoltre alle piattaforme nelle attività di pubblicazione, affidamento ed esecuzione, di gestire l'invio delle informazioni e della relativa documentazione a supporto del controllo tecnico, contabile e amministrativo dei contratti in fase di esecuzione e gestione delle garanzie¹²⁵. Sempre sul piano dell'attività di controllo le piattaforme dovranno essere poi in grado di accedere al Fascicolo virtuale dell'operatore economico al fine di verificare il possesso dei requisiti di partecipazione delle imprese autodichiarati nel DGUE¹²⁶; operazione questa non priva di criticità sul piano sistematico¹²⁷.

Da questa disamina emerge un dato molto importante ai fini del presente lavoro, ossia il fatto che le piattaforme di approvvigionamento digitale riescano a tracciare nel dettaglio le attività compiute da tutti gli attori delle procedure ad evidenza pubblica cristallizzandole in un registro di sistema. Se nella Piattaforma pubblicità e nella Banca dati nazionale dei contratti pubblici si inseriscono gli atti amministrativi dell'intero ciclo di vita dei contratti, le piattaforme telematiche attraverso il registro di sistema rendono possibile l'emersione di tutti i passaggi che sono avvenuti nella fase istruttoria, non esplicitati nella motivazione: dall'invio di tutte le comunicazioni (come lo scambio di *email*), agli accessi (*log in*) e agli

¹²¹ Determinazione AgID n. 137/2023, 25.

¹²² "La piattaforma deve garantire la redazione o acquisizione degli atti in formato nativo digitale in tutte le attività del ciclo di vita del contratto" (Determinazione AgID n. 137/2023, 19).

¹²³ Secondo le indicazioni dell'art. 27, d.lgs. n. 36/2023.

¹²⁴ Determinazione AgID n. 137/2023, 25.

¹²⁵ Determinazione AgID n. 137/2023, 25.

¹²⁶ Determinazione AgID n. 137/2023, 25.

¹²⁷ Secondo G.M. RACCA, *Trasformazione e innovazioni digitali*, in *Dir. amm.*, 4, 2023, 730-731 occorrerebbe andar oltre il meccanismo di verifica di un'autodichiarazione, passando dalla elefantica formazione *on line* di un DGUE 4.0 a quello previsto dalla Commissione europea (art. 91, comma 3 del d.lgs. n. 36 del 2023 che, sfruttando l'interconnessione tra piattaforme e banche dati, dovrebbe consentire istantaneamente la verifica del possesso dei requisiti di partecipazione alla gara degli operatori economici escludendo la redazione di un documento complesso).

eventi realizzati dagli operatori economici e dai funzionari della stazione appaltante. Ciò ricomprende tutte le operazioni svolte dai singoli membri della commissione giudicatrice o dal Rup nella valutazione e nell’apertura delle offerte¹²⁸. Queste informazioni rappresentano parte dei presupposti di fatto che hanno permesso all’amministrazione di adottare una certa decisione ed è naturale quindi pensare come la possibilità di accedere a tali fatti permetta di rilevare eventuali forme di illecito amministrativo ad essi collegate.

Rimanendo sul lato della trasparenza, le piattaforme di approvvigionamento digitale certificate operano anche su un piano di maggiore immediatezza rispetto al tracciamento anzidetto. Esse, grazie all’interoperabilità¹²⁹, effettuano uno scambio di dati pressoché istantaneo tra piattaforma stessa e BDNCPC evitando che inadempimenti¹³⁰ legati all’inerzia del funzionario possano pregiudicare la formazione del patrimonio conoscitivo costituito dagli atti che le amministrazioni hanno l’obbligo di pubblicare al fine di verificarne la sua azione.

Merita evidenziare – infine – che il ricorso a piattaforme certificate assicura l’intangibilità del contenuto delle offerte¹³¹, introducendo un meccanismo generalizzato che impedisce la possibilità di conoscere prima dei termini di ricezione le offerte presentate. Nel valorizzare il principio di segretezza delle offerte, strumentale alla libera concorrenza¹³², questa

¹²⁸ Determinazione AgID n. 137/2023, 22-25.

¹²⁹ Si veda in merito G. CARULLO, *Piattaforme digitali e interconnessione informativa nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici*, in www.federalismi.it, 19, 2023, 110-127.

¹³⁰ Secondo G.M. RACCA, *Trasformazione e innovazioni digitali*, cit., 730, si può configurare un danno erariale «da imputare a chi non consentirà l’interoperabilità delle banche dati, per omissione gravemente colposa».

¹³¹ Il giudice amministrativo evidenzia la segretezza e la tracciabilità delle operazioni quali elementi peculiari delle procedure telematiche. Infatti, «la gestione telematica offre il vantaggio di una maggiore sicurezza nella conservazione dell’integrità delle offerte in quanto permette automaticamente l’apertura delle buste in esito alla conclusione della fase precedente e garantisce l’immodificabilità delle stesse, nonché la tracciabilità di ogni operazione compiuta; inoltre, nessuno degli addetti alla gestione della gara potrà accedere ai documenti dei partecipanti, fino alla data e all’ora di seduta della gara, specificata in fase di creazione della procedura. Le stesse caratteristiche della gara telematica escludono in radice ed oggettivamente la possibilità di modifica delle offerte» (Cons. Stato, Sez. V, 21 novembre 2017, n. 5388).

¹³² La Direttiva 2014/24/UE all’art. 21 pone la riservatezza quale principio fondamentale della disciplina dei contratti pubblici, affermando che «Salvo che non sia altrimenti previsto nella presente direttiva o nella legislazione nazionale cui è soggetta l’am-

funzionalità consente alle piattaforme di valorizzare i presupposti di fatto, costituiti dalle offerte economiche e tecniche, registrandoli, evidenziandoli e rendendoli imm modificabili, rafforzando così la trasparenza procedurale.

5. *Il Building Information Modeling (c.d. BIM) quale nuova modalità di scansione dell'agire in direzione della limitazione degli abusi amministrativi*

Nella dimensione conoscitiva offerta dalle nuove tecnologie un risalto particolare è stato dato ai c.d. modelli di digitalizzazione¹³³: i *Building Information Modeling (BIM)*¹³⁴. Questi si basano sull'utilizzo di *software* per la creazione «di modelli virtuali dell'edificio da costruire che contengono con altissima precisione la geometria e gli altri dati necessari per la progettazione, la scelta del contraente, la costruzione e la gestione della vita utile dell'edificio mediante la manutenzione»¹³⁵.

Sebbene tale modello risulti più utilizzato negli appalti di lavori, esso può essere utile anche per l'affidamento dei servizi e forniture in forza della sua capacità di rappresentare un «metodo di lavoro collaborativo che permette progettazioni e interventi simultanei attraverso un sistema inte-

ministrazione aggiudicatrice, in particolare la legislazione riguardante l'accesso alle informazioni, e fatti salvi gli obblighi in materia di pubblicità sugli appalti aggiudicati e gli obblighi di informazione dei candidati e degli offerenti, previsti agli articoli 50 e 55, l'amministrazione aggiudicatrice non rivela informazioni comunicate dagli operatori economici e da essi considerate riservate, compresi anche, ma non esclusivamente, segreti tecnici o commerciali, nonché gli aspetti riservati delle offerte. 2. Le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre agli operatori economici condizioni intese a proteggere la natura confidenziale delle informazioni che le amministrazioni aggiudicatrici rendono disponibili durante tutta la procedura di appalto». Sul punto si veda, A. BOTTO, S. CASTROVINCI ZENNA, *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, Torino, 2020, 139-143; J. BERCELLI, P. NOVARO, *I principi sull'assetto organizzativo delle stazioni appaltanti. Il principio di trasparenza e il diritto di accesso*, in *Diritto dei contratti pubblici*, a cura di F. MASTRAGOSTINO, Torino, 2017, 237-243; F. MASTRAGOSTINO, *La disciplina dei contratti pubblici fra diritto interno e normativa comunitaria*, in *Diritto dei contratti pubblici*, cit., 16-22.

¹³³ Si veda in tema l'ampia letteratura anglosassone richiamata da S. VALAGUZZA, *Governare per contratto*, Napoli, 2018, 189.

¹³⁴ Per una prima analisi sui BIM, V. SESSA, *Riforma degli appalti e Building Information Modeling*, in www.Giust.amm.it, 2016.

¹³⁵ E. QUADRI, cit., 96.

grato, creando un ambiente condiviso di dati»¹³⁶. Il BIM viene qualificato come «metodo» per l'ottimizzazione della pianificazione e realizzazione di un contratto di appalto «tramite un *software* in grado di mettere insieme tutti i dati rilevanti»¹³⁷, al fine di condividere con gli operatori in gioco dati utili alla realizzazione del progetto¹³⁸.

Prima della consacrazione avvenuta con il codice dei contratti pubblici del 2023, il metodo BIM è stato riconosciuto dal nostro ordinamento attraverso un decreto che ne esaltava la metodologia sotto diversi punti di vista¹³⁹. Il primo consiste nell'obbligo di emanazione di atti prodromici alla gestione del BIM, in cui tra i più importanti si evidenziava l'adozione di «un atto organizzativo che espliciti il processo di controllo e di gestione delle singole fasi procedurali, la identità dei gestori dei dati e la proprietà degli stessi e le modalità di gestione dei conflitti, in relazione alla natura delle opere e dei cespiti comprensivi degli aspetti tecnici e procedurali adottati». Il secondo punto di vista riguardava invece l'adozione di una serie di definizioni utili alla comprensione della modellazione digitale. Una delle più importanti è rappresentata dall'«ambiente di condivisione di dati»¹⁴⁰, che in sostanza indica la finalità del modello BIM, consisten-

¹³⁶ G.M. RACCA, *La modellazione digitale per l'integrità, l'efficienza e l'innovazione nei contratti pubblici*, cit., 742.

¹³⁷ T.A.R. Toscana, Sez. I, 2 agosto 2022, n. 977.

¹³⁸ Secondo S. VALAGUZZA, *Governare per contratto*, Napoli, 2018, 190, il BIM è uno strumento che dà valore alla disciplina dei contratti pubblici, riducendo i costi ed i tempi di esecuzione e di affidamento grazie alla trasparenza che tale metodo concede al progetto stesso e alla sua valutazione.

¹³⁹ Si tratta del D.M. n. 312/2021, di attuazione del Decreto semplificazioni, che integra il precedente D.M. n. 560/2017. Si attua in sostanza l'art. 23 comma 13, d.lgs. n. 50/2016. Si veda a tal riguardo, per una ricostruzione più compiuta della precedente disciplina M. TIBERII, *L'uso degli strumenti elettronici specifici (building information modeling) nei contratti pubblici*, in *www.nuoveautonomie.it*, 3, 2019, 429-453.

¹⁴⁰ L'art. 2, lett. a), D.M. n. 312/2021, afferma che per ambiente di condivisione dei dati, si tratta di «un ambiente digitale di raccolta organizzata e condivisione di dati relativi ad un'opera, gestiti attraverso specifici flussi di lavoro e strutturati in informazioni relative a modelli ed elaborati digitali prevalentemente riconducibili ad essi modelli informativi ed elaborati digitali prevalentemente riconducibili ad essi, corredato da flussi di lavoro a supporto delle decisioni, basato su un'infrastruttura informatica la cui condivisione è regolata da precisi sistemi di sicurezza per l'accesso, di tracciabilità e successione storica delle variazioni apportate ai contenuti informativi, di conservazione nel tempo e relativa accessibilità del patrimonio informativo contenuto, di definizione delle responsabilità nell'elaborazione dei contenuti informativi e di tutela della proprietà intellettuale».

te nella possibilità di condividere informazioni relative ad un'opera per mezzo della stazione appaltante e del soggetto esecutore. Procedendo oltre, il terzo punto di vista riguardava, invece, l'attribuzione di punteggi premiali alle offerte tecniche che prevedano l'uso della modellazione digitale nella fase esecutiva per mitigare, fra le altre cose, il rischio di varianti improprie¹⁴¹ e permettere alla stazione appaltante di monitorare lo stato di avanzamento dei lavori ed il rispetto del crono-programma¹⁴².

L'art. 43 del nuovo Codice dei contratti pubblici conferma l'utilizzo della "modellazione digitale" anche attraverso la previsione di criteri premiali a favore degli operatori economici che utilizzeranno questa modalità¹⁴³, nonché tramite l'introduzione di tempistiche di adozione obbligatoria del *BIM* e degli adempimenti preliminari da inserire nella programmazione della stazione appaltante¹⁴⁴. Infatti, a differenza della precedente disciplina¹⁴⁵, si rende ora obbligatoria l'adozione del *BIM* dal 1° gennaio 2025 nei casi di progettazione, realizzazione di opere di nuova

¹⁴¹ Ai sensi dell'art. 7-*bis*, comma 1, lett. c, D.M. n. 312/2021, «Le stazioni appaltanti possono introdurre, nell'ambito dei criteri di aggiudicazione dell'offerta e nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 95 del medesimo codice, punteggi premiali per l'uso di metodi e strumenti elettronici specifici». A titolo esemplificativo, si valorizzano «proposte metodologiche volte a consentire un'analisi efficace dello studio, tra l'altro, di varianti migliorative e di mitigazione del rischio».

¹⁴² Nell'art. 7-*bis*, comma 2, D.M. n. 312/2021 si afferma, infatti, che «Ulteriori criteri premiali possono prevedere l'assegnazione di un punteggio aggiuntivo all'offerente che impieghi metodi e strumenti digitali che consentano alla stazione appaltante di monitorare, in tempo reale, l'avanzamento del cronoprogramma e dei costi dell'opera».

¹⁴³ Art. 43, comma 2, d.lgs. n. 36/2023.

¹⁴⁴ Secondo l'art. 43, comma 3 e 4, d.lgs. n. 36/2023, le stazioni appaltanti, secondo le modalità definite dall'all. I.9, dovranno adottare «misure relative alla formazione del personale, agli strumenti e alla organizzazione necessaria; i criteri per garantire uniformità di utilizzazione dei metodi e strumenti digitali per la gestione dell'informazione; misure necessarie per l'attuazione dei processi di gestione dell'informazione supportata dalla modellazione informativa, ivi compresa la previsione dell'interoperabilità dell'anagrafe patrimoniale di ciascuna stazione appaltante o ente concedente con l'archivio informatico nazionale delle opere pubbliche; modalità di scambio e interoperabilità dei dati e delle informazioni; le specifiche tecniche nazionali ed internazionali applicabili; il contenuto minimo del capitolato informativo per l'uso dei metodi e degli strumenti di gestione informativa digitale»

¹⁴⁵ A tal riguardo, M. TIBERII, *L'uso degli strumenti elettronici specifici (building information modeling) nei contratti pubblici*, cit., 436-441 evidenzia nella precedente disciplina gli usi obbligatori e facoltativi del *BIM* e le conseguenze sanzionatorie derivanti dalla mancata applicazione.

costruzione e per gli interventi su costruzioni esistenti con stima del costo presunto dei lavori di importo superiore a 2 milioni di euro ovvero alla soglia dell'articolo 14, comma 1, lettera a), in caso di interventi su edifici di cui all'articolo 10, comma 1, del codice dei beni culturali, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42»¹⁴⁶, eliminando gli scaglioni applicativi del menzionato D.M. n. 312/2021¹⁴⁷.

Inoltre, nell'All. I.9 al Codice del 2023 si definiscono in maniera più dettagliata gli adempimenti della stazione appaltante per rendere effettiva la disciplina e permettere così l'adozione e la gestione dei *software BIM* da parte del personale amministrativo¹⁴⁸.

Da quanto rassegnato, si comprende come il metodo *BIM* nel vecchio e nel nuovo Codice consenta di acquisire nel dettaglio le informazioni riguardanti il progetto da realizzare (ad esempio, le esatte dimensioni, la

¹⁴⁶ Art. 43, comma 1, d.lgs. n. 36/2023.

¹⁴⁷ L'art. 6, D.M. n. 312/2021, lett. d), e) e f) prevedeva degli scaglioni di applicazione della disciplina, secondo cui dunque sarebbe stato obbligatorio il *BIM* «per le opere di nuova costruzione ed interventi su costruzioni esistenti, fatta eccezione per le opere di ordinaria manutenzione di importo a base di gara pari o superiore a 15 milioni di euro a decorrere dal 1° gennaio 2022; per le opere di nuova costruzione, ed interventi su costruzioni esistenti, fatta eccezione per le opere di ordinaria e straordinaria manutenzione di importo a base di gara pari o superiore alla soglia di cui all'articolo 35 del codice dei contratti pubblici a decorrere dal 1° gennaio 2023; per le opere di nuova costruzione, ed interventi su costruzioni esistenti, fatta eccezione per le opere di ordinaria e straordinaria manutenzione di importo a base di gara pari o superiore a 1 milione di euro, a decorrere dal 1° gennaio 2025».

¹⁴⁸ Si veda ad esempio l'art. 1 comma 2 dell'all. I.9. secondo cui «Le stazioni appaltanti, prima di adottare i processi relativi alla gestione informativa digitale delle costruzioni per i singoli procedimenti, indipendentemente dalla fase progettuale e dal relativo valore delle opere, provvedono necessariamente a: a) definire e attuare un piano di formazione specifica del personale, secondo i diversi ruoli ricoperti, con particolare riferimento ai metodi e agli strumenti digitali di modellazione, anche per assicurare che quello preposto ad attività amministrative e tecniche consegua adeguata formazione e requisiti di professionalità ed esperienza in riferimento altresì ai profili di responsabili della gestione informativa di cui al comma 3; b) definire e attuare un piano di acquisizione e di manutenzione degli strumenti hardware e software di gestione digitale dei processi decisionali e informativi; c) redigere e adottare un atto di organizzazione per la formale e analitica esplicitazione delle procedure di controllo e gestione volte a digitalizzare il sistema organizzativo dei processi relativi all'affidamento e alla esecuzione dei contratti pubblici, oltre che per la gestione del ciclo di vita dei beni disponibili e indisponibili. Tale atto di organizzazione è integrato con gli eventuali sistemi di gestione e di qualità della stazione appaltante».

consistenza, la qualità dei materiali e dei requisiti dell'edificio) all'interno di un modello procedimentale di condivisione con gli operatori economici, rilevante anche per la fase esecutiva. Tali informazioni rappresentano i presupposti di fatto quale parametro di tutte le attività inerenti al progetto svolte sia dell'operatore economico che dall'amministrazione. Al fine di realizzare quanto appena riferito, la disciplina *BIM* sottolinea l'importanza di inserire tale "modellazione digitale" in un contesto di interoperabilità tra piattaforme digitali utilizzate «a mezzo di formati aperti non proprietari»¹⁴⁹, senza impedirne la lettura da parte di altri *software*.

6. *Il rafforzamento della percezione dei vizi di irragionevolezza e sproporzione attraverso la digitalizzazione delle procedure ad evidenza pubblica*

Come anticipato fin dall'inizio del presente lavoro, i limiti e le varie forme di controllo della discrezionalità, quale margine di scelta dell'amministrazione, trovano come elemento comune il "fatto" e la sua "acquisizione". La corretta acquisizione del fatto pervade la dinamica della rilevanza dei vizi riconducibili all'eccesso di potere con particolare riguardo a quelli richiamati dal giudice amministrativo nel campo dei contratti pubblici, acquisendo centralità l'irragionevolezza e la sproporzione. I fatti accertati assumono un valore pregnante e logicamente antecedente all'eventuale sindacato sull'attendibilità della valutazione tecnica o sulla ponderazione degli interessi compiuta. Per cogliere al meglio quanto appena riferito occorre però passare in rassegna i vizi appena menzionati ed il loro rapporto con le premesse di fatto all'esercizio del potere attraverso l'analisi dei correlati principi.

Partendo dal principio di ragionevolezza, sebbene questo rappresenti una «valvola affidata all'opera continua di dottrina e giurisprudenza»¹⁵⁰, esso è riconducibile al «dover essere» della discrezionalità¹⁵¹, che impone all'amministrazione di effettuare una scelta coerente rispetto alle premesse costituenti i «fatti e gli interessi acquisiti con riferimento ad una situazio-

¹⁴⁹ Art. 4, D.M. n. 312/2021.

¹⁵⁰ G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in *Diritto Amministrativo*, cit., 565. Evidenza questo problema di natura definitoria anche D.U. GALETTA, *I principi di proporzionalità e ragionevolezza*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, cit., 113.

¹⁵¹ P.M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, cit., 93.

ne concreta»¹⁵². Di conseguenza, l'amministrazione è tenuta a conoscere nella sua completezza la situazione concreta al fine di tutelare in maniera ottimale l'interesse pubblico attribuito dalla norma¹⁵³. La ragionevolezza si presenta dunque come un criterio di metodo per l'esercizio del potere¹⁵⁴, strettamente connesso alle premesse «razionalmente poste»¹⁵⁵ e conosciute in modo adeguato dall'amministrazione¹⁵⁶.

La giurisprudenza conferma l'inquadramento dottrinale indicato nel campo dei contratti pubblici, evidenziando un legame tra percezione del vizio di ragionevolezza e corretto accertamento del fatto da parte dell'amministrazione che incide sul suo successivo apprezzamento. Così, in sede di anomalia dell'offerta si rileva che il giudice ha il potere di verificare se, nell'esercizio della discrezionalità tecnica, «l'utilizzo delle regole tecniche, da operare [...] in conformità a criteri di logicità congruità e ragionevolezza, sia innanzitutto avvenuto sulla base di un corretto apprezzamento del fatto»¹⁵⁷. Allo stesso modo, l'irragionevolezza della deroga all'obbligo di suddivisione in lotti, inquadrata dal giudice amministrativo come attività discrezionale, è rilevabile «dall'esternazione di una specifica e congrua motivazione che dia conto dei vantaggi economici e/o tecnico-organizzativi derivanti dall'opzione del lotto unico», in cui devono essere presenti le ragioni di fatto «per cui detti obiettivi siano prevalenti sull'esigenza di garantire l'accesso alle pubbliche gare ad un numero quanto più ampio di

¹⁵² V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., 261.

¹⁵³ Secondo, F. ASTONE, *Principio di ragionevolezza nelle decisioni giurisdizionali e giudice amministrativo*, in www.federalismi.it, 17, 2028, 11, «il principio di ragionevolezza comprende, nella sua area di operatività, anche ulteriori aspetti che attengono all'esito del processo decisionale, all'esatta ed esauriente ricerca e valutazione dei fatti costituenti i presupposti dell'intervento decisionale, alla individuazione, ponderazione, raffronto e temperamento degli interessi rilevanti».

¹⁵⁴ Sul punto si veda diffusamente in tema G. DELLA CANANEA, M. DUGATO, B. MARCHETTI, A. POLICE, M. RAMAJOLI, cit., 147-148; G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 215-216.

¹⁵⁵ Secondo S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Ragionevolezza*, in www.treccani.it, 2017, questo aspetto distingue la ragionevolezza dalla razionalità.

¹⁵⁶ P.M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, cit., 123. a

¹⁵⁷ T.A.R. Puglia – Bari, Sez. I, 2 febbraio 2010, n. 241; T.A.R. Roma – Lazio, Sez. II, 4 gennaio 2012, n. 82. Allo stesso modo, T.A.R. Sardegna, Sez. I Cagliari, 13 aprile 2017, n. 258.

imprese e in particolare alle imprese di minori dimensioni»¹⁵⁸. Così, anche la valutazione sull'irragionevolezza della scelta discrezionale dei requisiti di partecipazione alla gara deve essere effettuata alla luce delle premesse di fatto indicate dalla stazione appaltante che giustifichino la riduzione degli operatori economici partecipanti alla gara sotto il profilo tecnico¹⁵⁹. Stesso ragionamento va applicato alla ragionevolezza della decisione della commissione giudicatrice sull'attribuzione dei punteggi all'offerta tecnica, frutto di discrezionalità tecnica, ancorata anch'essa alle premesse utilizzate dalla commissione medesima¹⁶⁰.

Anche il principio di proporzionalità, al pari della ragionevolezza, pone il fatto quale elemento centrale per valutarne il suo rispetto¹⁶¹. Entrambi i principi rappresentano l'esigenza di consentire un più effica-

¹⁵⁸ Cons. Stato, Sez. V, 15 febbraio 2023, n. 1607.

¹⁵⁹ Si evince ad esempio come «L'iscrizione all'Albo dei Gestori Ambientali è, infatti, un requisito di natura soggettiva relativo alla idoneità professionale degli operatori a norma dell'art. 83, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 50 del 2016, e costituisce titolo indispensabile per l'esercizio dell'attività di raccolta e trasporti dei rifiuti “conforme all'immanente principio di ragionevolezza e di proporzionalità”» (T.A.R. Calabria – Catanzaro, Sez. I, 20 gennaio 2020, n. 102; Cons. Stato, Sez. V, 22 ottobre 2018, n. 6032). Così anche T.A.R. Campania – Salerno, Sez. I, 27 aprile 2023, n. 981 ritiene che «Il requisito di idoneità professionale prescritto dalla lex specialis di gara deve essere interpretato secondo un criterio di ragionevolezza, tenendo conto degli ulteriori requisiti previsti nonché della finalità perseguita dall'Amministrazione. Come chiarito dalla giurisprudenza, il requisito di idoneità professionale ha la funzione di filtrare la partecipazione dei concorrenti, consentendola ai soli operatori economici forniti di una professionalità coerente con le prestazioni oggetto dell'affidamento; tale coerenza deve essere valutata alla luce di un criterio di compatibilità complessiva, senza che possa essere richiesta una perfetta coincidenza ovvero una perfetta e assoluta sovrapposibilità tra le attività risultanti dall'iscrizione alla Camera di Commercio e l'oggetto dell'appalto».

¹⁶⁰ Nel confronto tra due punteggi attribuiti alle offerte tecniche il giudice amministrativo, riguardo un appalto di fornitura, ha rilevato assenza di irragionevolezza relativamente alle premesse di fatto adottate dalla commissione giudicatrice, in quanto «il giudizio espresso dal punteggio è il risultato di una valutazione complessiva delle funzionalità del macchinario, anche all'esito della prova in reparto»; (*ex multis*, T.A.R. Lombardia – Brescia, Sez. I, 4 novembre 2021, n. 923. Dello stesso tenore Cons. Stato, Sez. IV, 15 aprile 2021, n. 3091; T.A.R. Lombardia – Brescia, Sez. I, 25 ottobre 2022, n. 1020).

¹⁶¹ Con la differenza, secondo S. COGNETTI, *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e di proporzionalità* in *Giurisprudenza italiana*, 2012, 1204, «mentre il principio di ragionevolezza postula la coerenza tra valutazione compiuta e decisione presa, il principio di proporzionalità esige che gli atti amministrativi non vadano oltre quanto è opportuno e necessario per conseguire lo scopo prefissato».

ce controllo sull'azione amministrativa¹⁶², obbligando l'amministrazione ad adempiere all'onere di istruire in modo accurato la decisione¹⁶³. La proporzionalità guida l'amministrazione nel compiere una valutazione «con riferimento a tutti quei fatti e a quelle circostanze inerenti al complesso gioco della ponderazione degli interessi stessi»¹⁶⁴. Se si riflette sui tre *test* posti alla base del suo sindacato, ossia idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto, si può comprendere in che modo l'amministrazione sia chiamata a metter in luce nella decisione gli elementi di fatto connessi alla fattispecie concreta da regolare. Sarebbe difficile, infatti, negare l'esigenza di un'adeguata conoscibilità ed analisi del materiale istruttorio acquisito per l'individuazione della misura idonea a realizzare il fine pubblico; insostituibile rispetto a valide alternative meno lesive per il privato e che sia frutto di una ponderazione armonica ed equilibrata degli interessi in gioco, bilanciando «*qualità* del fine da realizzare, con il livello di *tollerabilità* delle ripercussioni sugli amministrati»¹⁶⁵.

Quanto sostenuto in dottrina sul legame tra *fatto* e *proporzionalità* è stato rilevato anche dal giudice amministrativo ed europeo nell'ambito di appalti e concessioni. Nel considerare la legittimità di un provvedimento di esclusione dalla gara che aveva accertato un collegamento tra due operatori economici tale da influenzare le offerte presentate, si è affermato che «Il rispetto del principio di proporzionalità richiede [all] l'ente aggiudicatore [di] esaminare e valutare i fatti» che hanno portato l'amministrazione a decidere sull'esclusione medesima¹⁶⁶.

La proporzionalità, inoltre, obbliga, in attività marcatamente discrezionali, come ad esempio la redazione del bando, a «stabilire compensi remunerativi capaci di mettere i concorrenti nella condizione di presentare un'offerta sostenibile ed affidabile, evitando il

¹⁶² Si veda in merito l'analisi compiuta da D. U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998, 168.

¹⁶³ E. CARDI, S. COGNETTI, *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, 2012, 350-351.

¹⁶⁴ S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa. Ordinamento comunitario, italiano e inglese*, Milano, 2008, 101.

¹⁶⁵ S. COGNETTI, *Legge, amministrazione giudice*, Torino, 2014, 177.

¹⁶⁶ Corte giustizia UE, Sez. IV, 15 settembre 2022, n.416. Allo stesso modo, Cons. Stato, Sez. III, 28 giugno 2022, n.5375, secondo cui per poter valutare la proporzionalità della misura antimafia il giudice deve poter accedere al fatto.

serio rischio di distorsioni nelle dinamiche concorrenziali e dell'effettuazione di lavori o erogazione di servizi di scarsa qualità¹⁶⁷. Per le medesime ragioni, il principio di proporzionalità indirizza l'esercizio della discrezionalità nell'individuazione dei requisiti tecnici di partecipazione nel senso che la loro previsione va «correlata a circostanze giustificate» e deve risultare funzionale rispetto all'interesse pubblico perseguito¹⁶⁸.

All'amministrazione spetta dunque l'obbligo di acquisizione e disamina dei fatti e degli interessi in gioco, imponendo una modalità decisionale che non trascuri «quelle indagini che gli elementi raccolti facciano apparire come utili»¹⁶⁹ per la tutela dei pubblici interessi. Da ciò è possibile desumere due esigenze strettamente collegate tra loro. La prima consistente nella necessità per la stazione appaltante di ottenere un vasto patrimonio conoscitivo che colmi le fisiologiche asimmetrie tra amministrazione e realtà tecnica e di mercato in cui opera indirizzando così la sua azione verso i principi di ragionevolezza e di proporzionalità nella fase precedente alla redazione del bando. La seconda, invece, è quella di consentire agli organi di controllo e ai privati di percepire con maggiore efficacia i fenomeni di abuso in violazione dei principi appena richiamati per assicurare fiducia «nell'azione legittima, trasparente e corretta» dell'amministrazione¹⁷⁰. Le piattaforme certificate di approvvigionamento digitale, *BIM* e Banca dati nazionale disciplinate dal d.lgs. n. 36/2023 possono fornire questo patrimonio conoscitivo in direzione di entrambe le esigenze.

Consideriamo dapprima le potenzialità delle piattaforme certificate,

¹⁶⁷ T.A.R. Campania – Napoli, Sez. I, 5 dicembre 2022, n. 7596; TAR Lombardia – Brescia, Sez. I, 9 luglio 2007, n. 621.

¹⁶⁸ Tar Campania – Napoli, Sez. III, 23 luglio 2020, n. 3264. Così anche T.A.R. Lazio – Roma, Sez. I, 20 aprile 2022, n. 4783. Il medesimo ragionamento che valorizza le premesse di fatto è applicato dal giudice amministrativo per stabilire la legittimità del contenuto del bando. Ad esempio, è possibile introdurre l'obbligo di fidejussioni che siano limitative della partecipazione alla gara, purché esse «non siano strettamente necessarie al conseguimento dello scopo, secondo i parametri della idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto» (T.A.R. Lazio sez. II – Roma, 5 marzo 2014, n. 2550).

¹⁶⁹ F. LEVI, cit., 519, che prima dell'emanazione della l. n. 241/1990 aveva evidenziato questa necessità per non incorrere in un vizio del principio di ragionevolezza.

¹⁷⁰ Secondo G.M. RACCA, *Le responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, cit., 738 -739 la trasparenza assicurata dalla digitalizzazione è strettamente correlata a garantire la fiducia dei consociati nell'azione amministrativa.

prendendo ad esempio l'attività valutativa della commissione giudicatrice. Grazie alla capacità di fornire attraverso il registro di sistema una conoscenza nel dettaglio delle azioni esercitate da tutti gli attori della procedura di appalto o di concessione, le piattaforme in analisi permettono di valutare se la commissione giudicatrice abbia correttamente considerato – per l'attribuzione dei punteggi – le offerte presentate dagli operatori economici, quali premesse di fatto. La capacità della piattaforma di tracciare l'azione amministrativa in ogni suo aspetto consente di verificare se gli atti posti in essere dai funzionari pubblici, compresi quelli endoprocedimentali, siano stati adottati senza contraddizioni tra loro o senza dare adeguato rilievo ai fatti e agli interessi cristallizzati nel registro di sistema. Estendendo il ragionamento ad altre fattispecie, grazie a tale registro è possibile accertare se l'amministrazione abbia o meno seguito le indicazioni fornite agli operatori economici nei chiarimenti al disciplinare di gara, oppure se abbia correttamente fatto ricorso al soccorso istruttorio in relazione alle offerte presentate¹⁷¹ o alle comunicazioni intercorse con gli operatori economici¹⁷².

Pertanto, proprio la capacità delle piattaforme telematiche di registrare ogni azione dei pubblici funzionari, nonché di renderle immutabili, determina l'emersione dei vizi di eccesso di potere quali l'irragionevolezza, la sproporzione, il travisamento dei fatti ed il difetto di istruttoria, la cui essenza comune consiste proprio nell'errata valutazione o nel mancato accertamento dei fatti e degli interessi funzionali alla decisione¹⁷³. Sotto

¹⁷¹ Basti pensare all'orientamento consolidato in giurisprudenza per cui non è consentito procedere al soccorso istruttorio se questo riguarda gli elementi essenziali dell'offerta tecnica ed economica (*ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 8 febbraio 2024, n. 1307).

¹⁷² Le comunicazioni cristallizzate nel registro di sistema permettono di verificare il raggiungimento o meno del soccorso istruttorio. Sui requisiti e sui limiti procedimentali si vedano tra tutti, A. BONAITI, S. VACCARI, *Soccorso istruttorio e procedure comparative. Un'analisi critica del principio di “par condicio” tra formalismo e logica di risultato* in *Dir. amm.*, 2, 2023, 373-405; D.U. GALETTA, S. D'ANCONA, P. PROVENZANO, *Soccorso istruttorio e pubblica amministrazione digitalizzata: riflessioni sulle “magnifiche sorti e progressive” di un istituto dal grande potenziale, ma ancora largamente sottoutilizzato* in *CERIDAP*, 2, 2022, 22-45.

¹⁷³ G. DELLA CANANEA, M. DUGATO, B. MARCHETTI, A. POLICE, M. RAMAJOLI, cit., 359-360; G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 375; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., 493. *Ex multis*, T.A.R. Lazio – Roma, Sez. I, 5 luglio 2021, n. 7923; T.A.R. Roma, Lazio, Sez. I, 14 dicembre 2016, n.12495. Quanto alla ragionevolezza si rifletta su quanto affermato da A. ROMANO, *Commento all'art. 26 T.U. Consiglio di Stato*, in *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 1992, 220 ss., secondo

questo profilo, si pensi alla potenzialità della piattaforma telematica nel prevenire più efficacemente fenomeni di abuso amministrativo nelle procedure di affidamento diretto in cui l'amministrazione scelga di chiedere due o più preventivi prima di effettuare la scelta discrezionale del contraente; ebbene, attraverso il confronto delle offerte presentate dagli operatori economici, registrate in piattaforma, è possibile considerare, mediante la lettura della motivazione del provvedimento di aggiudicazione diretta, se vi sia coerenza tra i presupposti di fatto, contenuti nelle medesime offerte, e la scelta in concreto effettuata.

Lo stesso ragionamento può applicarsi per il *BIM* che, rilevando nel dettaglio le caratteristiche del progetto e dell'avanzamento dei lavori o dell'esecuzione del contratto, permetterà di ottenere elementi utili a vagliare l'esigenza di una o più varianti¹⁷⁴, alla luce dei presupposti definiti dall'art. 120, d.lgs. n. 36/2023, o a stabilire se suddividere¹⁷⁵ – e se sì in che modo¹⁷⁶ – l'appalto in lotti, sulla base di ragioni tecniche ed economiche emerse sul piano progettuale. Grazie alla modellazione

cui tale principio «consente di verificare la completezza dell'istruttoria, l'adeguatezza tra essa e la decisione finale, la coerenza interna, la non arbitrarietà nella selezione degli interessi, la conformità alla natura delle cose e, dunque, la logicità e la coerenza del processo decisionale».

¹⁷⁴ Si veda sul punto l'analisi condotta da G. M. RACCA, R.C. PERIN, *Material changes in contract management as a symptoms of corruption: a comparison between EU and U.S. procurement system*, in G.M. RACCA, C. R. YUKINS (editors), *Integrity and efficiency in sustainable public contracts*, Bruxelles, 2014, 247-275, in cui si mette in risalto come le tecniche di modellazione digitale risultino efficaci per prevenire gli abusi nella fase esecutiva, in relazione alle modifiche approvate dalla stazione appaltante al contratto di appalto.

¹⁷⁵ Secondo Cons. Stato, Sez. V, 15 febbraio 2023, n. 1607, «l'amministrazione è legittimata ad introdurre disposizioni atte a limitare la platea dei concorrenti onde consentire la partecipazione alla gara stessa di soggetti particolarmente qualificati, solo quando tale scelta non sia eccessivamente quanto irragionevolmente limitativa della concorrenza, in quanto correttamente esercitata attraverso la previsione di requisiti pertinenti e congrui rispetto allo scopo perseguito».

¹⁷⁶ Secondo costante giurisprudenza, *ex multis* Cons. Stato, Sez. III, 14 ottobre 2020, n. 6209, «la scelta della stazione appaltante circa la suddivisione in lotti di un appalto pubblico costituisce una decisione normalmente ancorata, nei limiti previsti dall'ordinamento, a valutazioni di carattere tecnico-economico; in tali ambiti, il concreto esercizio del potere discrezionale dell'Amministrazione deve essere funzionalmente coerente con il bilanciato complesso degli interessi pubblici e privati coinvolti dal procedimento di appalto».

digitale l'amministrazione riuscirà a valutare più precisamente anche la pertinenza delle “migliorie” al progetto contenute nell'offerta tecnica, “indirizzando” come sua naturale conseguenza il margine discrezionale di scelta dell'amministrazione circa i punteggi predeterminati nel bando di gara.

Di conseguenza, si potranno percepire con maggiore chiarezza irragionevolezza e sproporzione delle decisioni, secondo le premesse di fatto emerse in *BIM* che hanno portato la stazione a stabilire una modifica del contratto in corso di esecuzione, il tipo (o la mancata) suddivisione in lotti dell'appalto o un certo punteggio all'offerta tecnica.

Quanto al ruolo della Banca dati nazionale, la più accurata percezione del vizio muove su un piano differente rispetto alle piattaforme certificate di approvvigionamento. Dalla presente analisi è emerso che tale banca dati racchiude in sé un vasto patrimonio conoscitivo costituito dagli atti di gara in essa pubblicati, anche relativi alla fase esecutiva, da cui ottenere rilevanti informazioni di mercato ottenibili anche mediante la consultazione del FVOE e dell'anagrafe degli operatori economici. Tale banca dati, diversamente dalle piattaforme certificate, non contiene e non forma un registro di sistema riguardante il dettaglio dell'azione svolta da tutti gli attori privati e pubblici. La stazione appaltante, grazie ad essa, può infatti ottenere dati utili alla conoscenza delle condizioni di mercato (quale parametro concorrenziale) per stabilire il prezzo a base di gara, l'anomalia di un'offerta economica, per individuare gli operatori economici che operano in un certo settore ed i loro requisiti ed, infine, gli elementi tecnici utili a motivare l'eventuale assenza di una suddivisione in lotti.

Il patrimonio conoscitivo offerto dalla Banca dati nazionale offre dunque alle stazioni appaltanti un parametro certo per la sua azione. Si rifletta, ad esempio, sulla definizione del prezzo a base di gara rispetto a cui la giurisprudenza richiede all'amministrazione di tener conto dell'interesse di mercato evitando «un'impossibilità oggettiva, a carico di ogni potenziale concorrente, di presentare un'offerta»¹⁷⁷. In questo modo l'analisi dell'interesse di mercato, coincidendo con l'appetibilità del prezzo a base di gara, potrebbe essere effettuata mediante le consultazioni degli atti presenti nella Banca dati più volte menzionata. Ed in effetti potrebbero assurgere a premesse di fatto all'esercizio di tale scelta discrezionale il

¹⁷⁷ Cons. Stato, Sez. III, 1 febbraio 2022, n. 707; Cons. Stato, Sez. III, 28 dicembre 2020, n. 8359; Cons. Stato, Sez. V, 22 ottobre 2018, n. 6006.

numero degli operatori economici che hanno presentato le proprie offerte per appalti consimili ed il prezzo stabilito da altre stazioni appaltanti. La Banca dati nazionale sui contratti pubblici consentirebbe così di verificare se l'amministrazione abbia tenuto in considerazione queste premesse di fatto per la definizione del prezzo a base d'asta, in accordo ai canoni della ragionevolezza e della proporzionalità¹⁷⁸.

Il ragionamento appena proposto può applicarsi anche alla scelta discrezionale dei requisiti tecnici e professionali di partecipazione alla gara¹⁷⁹. Anche in questo caso, la stazione appaltante per garantire ragionevolezza e proporzionalità della scelta potrebbe attingere ai dati contenuti nella Banca dati per verificare il numero e le caratteristiche degli operatori economici e valutare la risposta dei medesimi a bandi che prevedano come requisiti quelli che l'amministrazione ha intenzione di scegliere, onde evitare condotte discriminatorie che limitino il *favor participationis*. I dati così ottenuti e la loro successiva valutazione determineranno la possibilità di accertare se l'amministrazione abbia considerato, in base al *test* della necessità, requisiti meno restrittivi per la concorrenza pur garantendo che a parteciparvi vi siano operatori affidabili che assicurino la corretta esecuzione del contratto pubblico¹⁸⁰. La conoscenza della platea degli operatori

¹⁷⁸ Si veda ad esempio, Cons. Stato, Sez. III, 28 settembre 2020, n. 5634, secondo cui «è necessario che la determinazione della base d'asta sia effettuata dalla stazione appaltante facendo riferimento a criteri verificabili ed acquisendo attendibili elementi di conoscenza, al fine di scongiurare il rischio di una base d'asta arbitraria perché manifestamente sproporzionata, con conseguente alterazione della concorrenza». Così anche Cons. Stato, Sez. III, 24 settembre 2019, n. 6355, Cons. Stato, Sez. III, 10 maggio 2017, n. 2168; Cons. Stato, Sez. V, 28 agosto 2017, n. 4081.

¹⁷⁹ Secondo T.A.R. Campania – Napoli, Sez. III, 12 gennaio 2023, n. 282 «va ribadito il principio generale, pacifico in giurisprudenza, secondo cui i bandi di gara possono prevedere requisiti di capacità particolarmente rigorosi, purché non siano discriminatori e abnormi rispetto alle regole proprie del settore, giacché rientra nella discrezionalità dell'Amministrazione aggiudicatrice di fissare requisiti di partecipazione ad una singola gara anche molto rigorosi e superiori a quelli previsti dalla legge». Allo stesso modo, T.A.R. Lombardia -Brescia, Sez. I, 19 ottobre 2021, n.880.

¹⁸⁰ Cons. Stato, Sez. V, 12 gennaio 2023, n. 431 ricorda che «l'Amministrazione è garantita un'ampia discrezionalità nell'individuazione dei requisiti tecnici, ancorché più severi rispetto a quelli normativamente stabiliti, purché la loro previsione sia correlata a circostanze giustificate e risulti funzionale rispetto all'interesse pubblico perseguito. In ragione di ciò, il sindacato del giudice amministrativo deve limitarsi alla verifica del rispetto dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e non estraneità rispetto all'oggetto di gara (*ex plurimis*: Cons. Stato, Sez. III, 07 luglio 2017, n. 3352; Cons. Stato,

economici del settore può risultare essenziale anche nella definizione delle caratteristiche e dell'ammontare dei lotti da suddividere¹⁸¹. Ebbene, al fine di vagliare ragionevolezza e proporzionalità della decisione, la verificabilità delle premesse di fatto, costituite dalla consistenza numerica e dalle peculiarità tecniche ed economiche degli operatori economici presenti in un determinato settore, consentirà di stabilire se i lotti, così come configurati dalla stazione appaltante, siano funzionali a garantire «la effettiva partecipazione delle micro, delle piccole e delle medie imprese»¹⁸², coerentemente con quanto rilevato nella Banca dati nazionale dei contratti pubblici¹⁸³.

Le condizioni di mercato fissate nella Banca dati nazionale saranno inoltre funzionali ad esaminare la correttezza della decisione della stazione appaltante circa l'avvio (o meno) della procedura di anomalia dell'offerta economica nonché sull'accertamento dell'anomalia stessa. L'attendibilità dell'offerta economica – e delle possibili giustificazioni – potrà essere desunta (anche¹⁸⁴) dai costi medi praticati indicati negli atti di gara e cristallizzati nella medesima Banca dati. A tale riguardo, le informazioni di mercato ottenute potranno essere ancora più utili per percepire eventuali vizi del provvedimento di esclusione dell'impresa che ha presentato un'offerta anomala, sussistendo un onere motivazionale più stringente rispetto a quello richiesto per l'accoglimento delle giustificazioni, in cui la stazione appaltante ha l'obbligo di evidenziare minuziosamente i fatti che hanno portato alla medesima esclusione¹⁸⁵.

Sulla scorta di quanto rilevato, con l'ausilio della Banca dati nazionale sarà inoltre possibile effettuare un controllo più incisivo sulla legittimità

Sez. V, 26 luglio 2017, n. 3105; Cons. Stato, Sez. V, 4 gennaio 2017, n. 9; Cons. Stato, Sez. V, 8 settembre 2008, n. 3083; VI, 23 luglio 2008, n. 3655».

¹⁸¹ Sui limiti della suddivisione in lotti veda più diffusamente l'analisi condotta da S. VILLAMENA, *Appalto pubblico e principio di suddivisione in lotti a tutela degli operatori economici di minori dimensioni* in *Dir. amm.*, 2020, 933-963.

¹⁸² Art. 58, d.lgs. n. 36/2023.

¹⁸³ Come rilevato da Cons. Stato, Sez. III, 4 marzo 2019, n. 1491 «la tutela della concorrenza impone una ragionevole e proporzionata determinazione dell'oggetto e della tipologia delle prestazioni, dell'importo dei lotti, della loro allocazione territoriale, della durata, delle imposizioni di clausole o di condizioni particolari che, in ogni caso, non devono finire di fatto per favorire una impresa rispetto ad un'altra».

¹⁸⁴ Sussistono parametri diversi come i D.M. sul costo del lavoro o i CAM che insieme alla BDNCP assolvono a fonte di cognizione del dato fattuale.

¹⁸⁵ *Ex multis*, Cons. Stato, Sez. III, 12 maggio 2023, n. 4787.

delle procedure di affidamento diretto anche attraverso la consultazione del fascicolo virtuale dell'operatore economico. La scelta discrezionale della stazione appaltante sulla selezione dell'operatore economico a cui affidare il contratto, secondo le soglie previste dall'art. 50 d.lgs. n. 36/2023, deve essere compiuta scegliendo soggetti «in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni»¹⁸⁶ e di requisiti di ordine generale¹⁸⁷. La motivazione del provvedimento dovrà dunque dare conto della sussistenza dei requisiti e della esperienza maturata. Anche in questo caso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici assolverà un ruolo fondamentale per esercitare un controllo più efficace sulla ragionevolezza del provvedimento discrezionale e sulla sua proporzionalità. In particolare, grazie a tale fonte di cognizione si potranno verificare la coerenza delle premesse di fatto, rappresentate dalle esperienze pregresse e dai requisiti di ordine generale, rispetto alla decisione presa, esaminando sia precedenti aggiudicazioni riguardanti l'operatore economico selezionato, sia il fascicolo virtuale dell'operatore economico attraverso cui controllare il possesso dei requisiti richiesti dal Codice per l'aggiudicazione¹⁸⁸. Allo stesso modo, la Banca dati nazionale, nella disamina degli elementi di fatto riguardanti l'aggiudicatario, consentirà di valutare l'idoneità (secondo proporzionalità), sul piano tecnico, esperienziale ed economico della scelta dell'operatore a realizzare il contratto in direzione del principio del «risultato»¹⁸⁹.

¹⁸⁶ Art. 50, d.lgs. n. 36/2023, comma 1 lett. a).

¹⁸⁷ Definiti dagli artt. 94 -98, d.lgs. n. 36/2023.

¹⁸⁸ In direzione di una qualificazione delle imprese per garantire qualità degli affidamenti, G.M. RACCA, *Le responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, cit., 738 afferma che «Per gli operatori economici ottenere un contratto pubblico non dovrà più essere una lotteria o una richiesta di favore, occultata nei formalismi di una gara, ma dovrà diventare il normale riconoscimento delle capacità dimostrate e raccolte nel proprio fascicolo virtuale, *digital identity wallet* (portafoglio digitale), che integrerà i *dossier* di rischio creditizio».

¹⁸⁹ A tal fine per F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., 12, «diventerà ancor più importante il ruolo della motivazione, perché la stazione appaltante dovrà saper individuare sia gli elementi che manifestano una situazione di dubbio sia le circostanze che la inducono a individuare il risultato secondo certi contenuti».

7. *Riflessioni conclusive*

Il patrimonio conoscitivo offerto dalla digitalizzazione delle procedure ad evidenza pubblica permette alle stazioni appaltanti di acquisire i fatti necessari allo svolgimento delle loro attività accordando sia al privato che agli organi di controllo la possibilità di esaminare nel dettaglio l'azione amministrativa facendo emergere eventuali casi di *maladministration*. La verificabilità dei fatti cristallizzati nella Banca dati nazionale, nelle Piattaforme certificate e nei BIM consentirà una nuova percezione dei vizi di eccesso di potere nel senso di un controllo più approfondito sulla irragionevolezza e sproporzione dell'azione, che hanno come elemento comune il travisamento dei fatti ed il mancato accertamento del materiale di ponderazione¹⁹⁰.

Dal lato dell'amministrazione, il patrimonio conoscitivo digitale spinge l'attività istruttoria verso dati conoscitivi più ampi e dettagliati che incrementeranno la qualità dell'azione¹⁹¹ facendo emergere tutti quegli elementi necessari per lo svolgimento delle procedure ad evidenza pubblica. Di conseguenza, la stazione appaltante potrà utilizzare in chiave di prevenzione degli abusi amministrativi le informazioni ottenute al fine di indirizzare la propria attività verso i principi di ragionevolezza e proporzionalità. Una scansione dell'attività amministrativa più dettagliata e certa permetterà inoltre di valutare la correttezza della propria azione anche in

¹⁹⁰ Tale collegamento, infatti, è evidenziato anche dalla giurisprudenza. Secondo il T.A.R. Lazio – Roma, Sez. I, 13 ottobre 2020, n. 10399 «la scelta di sottoporre l'offerta a verifica di anomalia è rimessa all'ampia discrezionalità della Stazione appaltante e, pertanto, risulta sindacabile soltanto in caso di macroscopica irragionevolezza, illogicità o, ancora, palesi errori di fatto occasionati dalla sussistenza di elementi oggettivi sintomatici di una possibile incongruità (*ex multis*, Tar Lazio, Roma, n. 11420 del 2018; Tar Toscana, n. 426 del 2018; Tar Lombardia, Milano, n. 2048 del 2017). Peraltro, questa verifica è possibile nel caso in cui sussista un sospetto di anomalia sulla base di elementi specifici». Allo stesso modo il nesso tra difetto d'istruttoria, travisamento dei fatti e irragionevolezza è evidenziato anche da Cons. Stato, Sez. V, 11 aprile 2022, n. 2713, per cui si richiede che il ricorrente provi l'irragionevolezza o il travisamento dei fatti sulla base della veridicità ed attendibilità degli elementi oggettivi e di fatto contenuti nel provvedimento amministrativo e nelle giustificazioni degli operatori economici (si veda tra tutti).

¹⁹¹ Si veda in merito G. RACCA, *Le responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, in *Dir. amm.*, 3, 2022, 629, che afferma come la digitalizzazione renda evidente «la connessione dei dati e dei fatti incidendo sulla qualità dell'istruttoria e delle connesse attività e responsabilità».

chiave di controllo e di autotutela¹⁹², come ad esempio nel caso di falsa rappresentazione della realtà da parte del privato¹⁹³, la cui falsità potrà essere accertata grazie al riscontro contenuto nella Banca dati nazionale dei contratti pubblici¹⁹⁴.

Sul versante della tutela giurisdizionale, invece, la macroscopicità del vizio, che consente al giudice di compiere un sindacato (solo) estrinseco sull'attività discrezionale dell'amministrazione¹⁹⁵, potrebbe assumere una dimensione diversa tramite la digitalizzazione. Nel senso che la verifica del vizio sarà più facilmente accertabile alla luce della completezza delle premesse di fatto all'esercizio della scelta che gli strumenti informatici sono in grado di garantire. L'esistenza di un patrimonio conoscitivo certo e immodificabile consentirà a coloro che chiedono tutela di introdurre nel processo tutti quegli elementi necessari affinché il giudice possa verificare¹⁹⁶, sulla base degli elementi di fatto acquisiti, la presenza dei vizi di eccesso di potere esaminati «sia sotto il profilo delle regole tecniche applicate, sia nella fase di contestualizzazione della norma, sia nella fase di raffronto tra i fatti accertati ed il parametro contestualizzato»¹⁹⁷.

¹⁹² Si veda in tema, E. ZAMPETTI, *Note critiche in tema di affidamento e motivazione in "re ipsa" nell'annullamento d'ufficio*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2015, 730-743; M. MACCHIA, *Sui poteri di autotutela: una riforma in senso giustiziale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2015, 634-639; N. POSTERARO, *Sulla possibile configurazione di un'autotutela doverosa (anche alla luce del codice dei contratti pubblici e della Adunanza Plenaria n. 8 del 2017)*, in www.federalismi.it, 2017.

¹⁹³ *Ex multis*, T.A.R. Puglia – Lecce, Sez. III, 27 luglio 2021, n. 1206, secondo cui «L'esercizio del potere di autotutela ha, di regola, carattere discrezionale; esistono, però, alcune ipotesi di annullamento doveroso, come nel caso in cui il destinatario ha ottenuto il provvedimento inducendo in errore l'Amministrazione attraverso una falsa rappresentazione della realtà (non necessariamente operando con dolo)».

¹⁹⁴ Questo con particolare riferimento all'art. 52, d.lgs. n. 36/2023, per il quale negli affidamenti diretti «di importo inferiore a 40.000 euro, gli operatori economici attestano con dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà il possesso dei requisiti di partecipazione e di qualificazione richiesti».

¹⁹⁵ Cfr. par. 2.

¹⁹⁶ In tal senso è emblematica T.A.R. Sicilia – Catania, Sez. II, 4 luglio 2022, n. 1774, secondo cui nel campo dei contratti pubblici «le valutazioni tecniche dell'Amministrazione possono essere sottoposte al sindacato del giudice amministrativo (sempre che non riguardino il merito dell'azione amministrativa) nella prospettiva di un vaglio *ab externo* preordinato ad accertare un eventuale eccesso di potere per manifesta irragionevolezza, erronea valutazione dei presupposti o contraddittorietà, la cui evidenza deve essere avvalorata dal ricorrente mediante l'introduzione in giudizio di appositi elementi».

¹⁹⁷ Cons. Stato, Sez. VI, 17 maggio 2023, n. 4918, ricorda che questi sono i limiti del

Ciò influenzerà anche la possibilità del giudice di compiere un sindacato intrinseco sull'attività discrezionale dell'amministrazione ben oltre la macroscopicità del vizio¹⁹⁸, «mediante il ricorso a conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'Amministrazione», onde valutare «attendibilità, coerenza e correttezza degli esiti», «rispetto ai fatti accertati ed alle norme di riferimento attributive del potere»¹⁹⁹. Di conseguenza, si potrà accedere più efficacemente agli istituti della verifica e della consulenza tecnica d'ufficio, in considerazione del dovere del giudice di accedere pienamente al fatto²⁰⁰, senza naturalmente sostituirsi alla decisione dell'amministrazione.

Naturalmente, la capacità della digitalizzazione dei contratti pubblici di mettere in luce le premesse di fatto per sottolineare le ombre dell'azione amministrativa dovrà inevitabilmente confrontarsi con un sistema che impone alle stazioni appaltanti sfide assai impegnative. Gli esiti dell'approfondimento svolto fin qui muovono dal presupposto che

controllo giudiziale a prescindere dalla distinzione tra controllo estrinseco o intrinseco non abbia ragion d'essere circa l'attività tecnico discrezionale dell'amministrazione.

¹⁹⁸ Secondo T.A.R. Campania -Napoli, Sez. III, 3 maggio 2021, n. 2952, «La sindacabilità, da parte del G.A., della discrezionalità tecnica esercitata dalla P.A. può essere limitata al controllo dell'iter logico seguito, ove ciò appaia sufficiente per valutare la legittimità del provvedimento impugnato e non emergano elementi tali da giustificare una ripetizione, secondo la tecnica del sindacato intrinseco, delle indagini specialistiche, giacché potrebbe esulare dai compiti del giudice il riesame delle autonome valutazioni dell'interesse pubblico, effettuate dalla P.A.». Dello stesso tenore, Cons. Stato, Sez. V, 11 aprile 2022, n. 2713.

¹⁹⁹ Cons. Stato, Sez. VI, 17 maggio 2023, n. 4918. Tra tutti, A.M. SANDULLI, *Conclusioni delle “Giornate di studio sulla giustizia amministrativa” svoltesi al Castello di Modanella il 16/17 giugno 2023 sul tema “Sindacato sulla discrezionalità amministrativa e ambito del giudizio di cognizione”*, in *giustiziainsieme.it*; A. CASSATELLA, *Decostruire la discrezionalità tecnica? Recensione al volume curato da A. Moliterni “Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministratore e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento”* in *Dir. proc. amm.*, 2022, 761-769. In chiave critica sulla distinzione tra sindacato intrinseco ed estrinseco, S. RODOLFO MASERA, *Verificazioni e valutazioni tecniche: la “dimensione” processuale del problema* in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2021, 427, per cui «in assenza di specifiche disposizioni di legge, non sembrano esservi ragioni di diritto positivo, che impongano, o meglio consentano, un sindacato che, in qualche modo, si differenzi rispetto ad un modello “normale” di controllo giurisdizionale».

²⁰⁰ Secondo un orientamento costante del giudice amministrativo, «è ammessa una piena conoscenza del fatto e del percorso intellettuale e volitivo seguito dall'amministrazione nelle sue determinazioni». *Ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 5 agosto 2019, n. 5559; Cons. Stato, ordinanza 11 dicembre 2020, n. 709720.

la digitalizzazione nel nostro ordinamento abbia raggiunto alti livelli di maturazione²⁰¹. Tuttavia, non sono pochi i limiti che tuttora si pongono in materia. Il principale è quello organizzativo e riguarda la capacità della stazione appaltante di dotarsi di personale adeguato²⁰² per consentire agli strumenti digitali analizzati di esplicare al meglio le proprie potenzialità, avendo cura di creare un ambiente digitale armonico che ricomprenda *hardware* e *software*²⁰³. Piattaforme di approvvigionamento digitali, Banda dati nazionale dei contratti pubblici e *BIM* sono stati analizzati come grandi collettori di dati che dovranno essere valorizzati dal singolo funzionario sia in chiave di “garanzia” (nell’ottica sin qui proposta di prevenzione di illeciti) che in chiave di “risultato”.

In futuro potranno essere d’aiuto meccanismi predittivi forniti dall’intelligenza artificiale²⁰⁴ attraverso cui “allertare” il funzionario in caso di decisioni irragionevoli e sproporzionate. Tuttavia, nell’attuale sistema permane la centralità della scelta discrezionale fondata sull’intelligenza

²⁰¹ Tale espressione è stata presa in prestito dall’opera dottrinale di prospettiva di R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Diritto amministrativo*, 2, 2020, 305-328, che guarda «all’innovazione tecnologica, cogliendo il reciproco complemento tra diritto e scienza».

²⁰² Come rileva R. CAVALLO PERIN, *Pubblica amministrazione e data analysis*, cit. 12, «il diritto sull’amministrazione digitale, sull’utilizzazione delle banche dati, pone un problema che noi amministrativisti riconduciamo alla capacità o adeguatezza (art. 118, co. 1°, Cost.) delle organizzazioni, quali elementi di professionalità, di beni, di investimenti che debbono esistere perché si possano congruamente svolgere le funzioni, dunque quale capacità l’organizzazione debba avere per potersi vedere legittimamente assegnare le funzioni (adeguatezza dell’ente), non molto diversamente dalla capacità tecnico-professionale o economico-finanziaria, che si richiede ai terzi che vogliono divenire destinatari dell’esternalizzazione di funzioni e servizi delle pubbliche amministrazioni».

²⁰³ Si veda in merito l’analisi condotta da E. CARLONI, *Qualità dei dati, big data e amministrazione pubblica*, cit. 117-131

²⁰⁴ Secondo G.M. RACCA, *La “fiducia digitale” nei contratti pubblici tra piattaforma e data analysis*, in *Istituzioni del federalismo*, 2, 2023, 383 ss. L’intelligenza artificiale permette analisi di mercato (analisi del rischio) che possono fondarsi sulla conoscenza esatta degli operatori economici e di quanto hanno realizzato negli anni, con quali amministrazioni, o enti privati, con quale esito, per ripensare un sistema di qualificazione rapido e oggettivo, mediante accesso diretto a sistemi informativi che superino la produzione, l’autocertificazione, la verifica e lo scambio documentale». Inoltre, si evidenzia che «L’intelligenza artificiale e l’analisi dei rischi permettono conoscenze che trascendono i riscontri documentali pensati per modalità cartacee di tempi passati e che oggi risultano in violazione dei principi di tempestività e del risultato che si intendono perseguire»

umana, ragion per cui servirà valorizzare “garanzia” e “risultato” puntando – quale *prius* logico – su formazione e qualificazione delle stazioni appaltanti²⁰⁵. Tanto più se si considera che gli ampi margini di scelta offerti all’amministrazione impongono un onere motivazionale che richiede al funzionario di trovare la “regola del caso” attraverso un’adeguata, ampia e profonda istruttoria che il giudice può sindacare²⁰⁶. Del resto, anche ANAC e Consiglio di Stato hanno affermato recentemente che la misura principale per prevenire e combattere i casi di *maladministration* consiste nella necessità di formazione del funzionario pubblico al fine di orientarlo consapevolmente verso un’amministrazione ragionevole e proporzionata²⁰⁷.

²⁰⁵ In tema si vedano G. RACCA, S. PONZIO, *La scelta del contraente come funzione pubblica: i modelli organizzativi per l’aggregazione dei contratti pubblici*, cit., 38 e 54 secondo cui la necessità di qualificare le stazioni appaltanti deriva dall’esigenza di garantire il principio di adeguatezza e l’integrità dei contratti pubblici.

²⁰⁶ Secondo M. SPASIANO, *Principi e discrezionalità nel nuovo codice dei contratti pubblici: primi tentativi di parametrizzazione del sindacato*, cit., 238 «Il sindacato sulla discrezionalità e, dunque, sulla motivazione assume allora una rilevanza centrale nel sistema, esprimendosi soprattutto in termini di ampiezza e profondità di istruttoria procedimentale in ordine alle logiche che abbiano guidato l’azione amministrativa».

²⁰⁷ Cons. Stato, Parere del 5 marzo 2019, n. 667, par. 5 e Linee guida ANAC n. 15, par. 12; Cons. Stato, Parere Sezione Atti normativi n. 506/2022; PNA 2022.

Abstract

Il nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023) ha apportato diverse novità in tema di digitalizzazione delle procedure ad evidenza pubblica permettendo alle pubbliche amministrazioni di accrescere il proprio patrimonio conoscitivo al fine di acquisire più accuratamente le “premesse di fatto” all’esercizio del potere. Il medesimo decreto amplia anche la discrezionalità delle stazioni appaltanti, incrementando di conseguenza il rischio di abusi amministrativi. Le novità accennate inducono a riflettere su come la digitalizzazione, fornendo un ampio patrimonio conoscitivo, possa contribuire all’emersione dei casi di *maladministration* con particolare riferimento ai vizi di proporzionalità e di ragionevolezza.

Digital administration and “cognitive activity” in public contracts towards reasonableness and proportionality

The new Public Procurement Code (Legislative Decree no. 36/2023) has introduced several innovations in terms of digitalization of public tender procedures. This aspect has increased the knowledge base of public administrations to more accurately acquire the “factual premises” for the exercise of power. This decree also broadens the discretion of contracting authorities, increasing the risk of administrative abuse. The innovations presented make us reflect on the possibility that digitalization may contribute to the emergence of *maladministration* related to defects of proportionality and reasonableness.