

NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

La digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici. Aste e cataloghi elettronici*.

SOMMARIO: 1. La revisione del Codice dei contratti pubblici del 2023 mediante intervento normativo correttivo. 2. La digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici nel correttivo al Codice. 3. Le aste pubbliche nel contesto dell'ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale 4. I cataloghi elettronici 5. La resilienza della disciplina codicistica in materia di aste elettroniche e cataloghi elettronici.

DI GAETANO ARMAO

ABSTRACT: Il contributo analizza le revisioni normative introdotte con i decreti legislativi inerenti la disciplina dei contratti pubblici, con un particolare focus sulla digitalizzazione dell'intero ciclo di vita del contratto pubblico, dalla programmazione all'esecuzione. Ciò guardando alla *ratio* dell'opera del legislatore, che intende realizzare una profonda grande trasformazione dell'amministrazione pubblica andando a sanare le attuali criticità sotto il profilo digitale, con uno sforzo collettivo per nuovi investimenti nelle risorse umane da impegnare su tali ambiti e la professionalizzazione nell'utilizzo di strumenti innovativi quali le aste ed i cataloghi elettronici.

ABSTRACT: *The contribution analyses the regulatory revisions introduced by the legislative decrees governing public contracts, with a particular focus on the digitalisation of the entire public contract life cycle, from planning to execution. This is done by looking at the rationale of the legislator's work, which intends to bring about a profound transformation of the public administration by rectifying the current criticalities under the digital profile, with a collective effort for new investments in human resources to be committed to these areas and the professionalisation in the use of innovative tools such as the e-leases and electronic catalogues.*

1. La revisione del Codice dei contratti pubblici del 2023 mediante intervento normativo correttivo.

La legge 21 giugno 2022, n. 78, come noto, ha conferito al Governo la delega⁽¹⁾ ad adottare uno o più decreti legislativi recanti la riforma della disciplina dei contratti pubblici. Sulla base di tale delega legislativa il Governo ha emanato il decreto legislati-

* Alcune delle parti di questo contributo sono destinate al *Commentario al Codice dei contratti pubblici* a cura di S. CIMINI ed A. GIORDANO, in c.so di pubblicazione per i tipi di Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2024.

1 Sul complesso e mutevole istituto giuridico della delegazione legislativa si vedano, nell'ampia dottrina, i recenti contributi di A. ALBERTI, *La delegazione legislativa tra inquadramenti dogmatici e svolgimenti della prassi*, Torino, Giappichelli, 2015; U. RONGA, *La delega legislativa. Recente rendimento del modello*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020; M. MICHETTI, *Procedimento legislativo e decisione politica. Itinerari regole prassi*, Torino Giappichelli, 2023.

Tali recenti studi sottolineano con nitore il fenomeno della progressiva torsione dell'istituto rispetto al modello delineato dalla Costituzione e dalla l. n. 400 del 1988 con il progressivo rafforzamento del ruolo del Governo nel delineare l'indirizzo dell'attività normativa, mentre il Parlamento, al quale dovrebbe spettare integralmente tale funzione, viene relegato ad un ruolo comprimario ed ancillare, che recepisce dal primo gli stessi indirizzi da fornire, spostando, in tal guisa, in modo evidente la funzione di indirizzo in favore dell'esecutivo.

vo 31 marzo 2023, n. 36, recante “Codice dei contratti pubblici”⁽²⁾.

All’ultima parte del medesimo art. 1, quarto comma, ha altresì previsto, seguendo una prassi ormai consolidata, un’ultrattività biennale di tale delega consentendo di provvedere, così, entro il periodo decorrente dalla data di entrata in vigore del citato decreto legislativo, ad apportare al codice, con le medesime ed accelerate procedure approvative, le correzioni ed integrazioni che l’applicazione abbia indotto a ritenere opportune ed eventualmente necessarie nel rispetto dei medesimi principi e criteri direttivi declinati dalla delega⁽³⁾.

Con uno schema approvato nella seduta del 21 ottobre 2024 il Consiglio dei ministri⁽⁴⁾ ha ritenuto di avvalersi della facoltà concessa dalla citata delega, con l’obiettivo, enunciato già nella relazione, di realizzare la (evidentemente ulteriore) “razionalizzazione e semplificazione della disciplina recata dal vigente codice dei contratti pubblici”⁽⁵⁾.

Un dato prioritario emerge dalla scelta del legislatore delegato: la redazione del Codice, e la sua integrazione e correzione, “sono state, in concreto, operate, in parte, seguendo procedure sostanzialmente diverse”, ed infatti se nella predisposizione dello schema del codice Governo si è avvalso della facoltà, riconosciuta, alla stregua delle previsioni dell’art. 14 del R.D. 26 giugno 1924, n. 1054, e poi conferita, con integrazioni prescrittive, dalla legge delega, di affidare al Consiglio di Stato, in sede consultiva, l’elaborazione dello schema normativo, “di tale facoltà, per contro, il Governo non ha inteso avvalersi ai fini della predisposizione dello schema di decreto in esame”. In tal senso si è espresso in sede consultiva il Consiglio di Stato, nell’Adunanza della Com-

2 Tra i principali commentari al Codice del 2023 si vedano C. CONTESSA, P. DEL VECCHIO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici: annotato articolo per articolo D.lgs. 31 marzo 2023 n. 36*, Napoli, Editoriale scientifica, 2023; U. REALFONZO, R. BERLOCO (a cura di), *Commentario al nuovo codice dei contratti pubblici*, I-II, Palermo, Grafill, 2023; V. FANTI (a cura di), *Corso sui contratti pubblici riformati dal d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2023; M. CORRADINO (a cura di), *La riforma dei contratti pubblici. Commento al d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, Milano, Giuffrè, 2023; F. MANGANARO, N. PAOLANTONIO, F. TIGANO (a cura di), *La riforma dei contratti pubblici (d.lgs. 36/2023)*. Documento gruppo di lavoro AIPDA, Messina, Messina University Press, 2024; R. DIPACE, *Manuale dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2024; M. CORRADINO, S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *I nuovi appalti pubblici. Commento al Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023) con i nuovi orientamenti giurisprudenziali*, Milano, Giuffrè, 2024; R. VILLATA, M. RAMAJOLI (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*. D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36, Pisa, Pacini, 2024.

3 La norma in argomento aggiunge altresì, garantendo in tal guisa uno spazio ulteriore all’apporto consultivo parlamentare al testo governativo del c.d. “correttivo” laddove sia presentato nell’imminenza dello scadere del termine concesso, che: “qualora il termine per l’espressione del parere parlamentare scada nei trenta giorni che precedono la scadenza dei termini di delega previsti dal presente articolo o successivamente, questi ultimi sono prorogati di tre mesi”

4 Giova ricordare che un intervento correttivo si prospetta sin dall’inizio dell’anno. A tal uopo, infatti, il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ha avviato la consultazione pubblica alla quale risultano aver partecipato da luglio scorso 94 stakeholders, di cui 77 operatori privati e 17 soggetti pubblici, che hanno presentato circa 630 contributi.

5 Così si evince 8 fatti dalla relazione allo schema di decreto legislativo ove si precisa che il c.d. “correttivo” intende tener conto: “delle principali esigenze rappresentate dagli stakeholders del settore, nonché delle richieste, presentate in sede europea, di modifica e integrazione di taluni istituti giuridici introdotti, al fine sia di scongiurare sia l’avvio di nuove procedure di infrazione da parte della Commissione europea sia di risolvere quelle eventualmente già in essere” e precisando che tale nuovo intervento di regolazione della fattispecie ha quale specifico intendimento il recepimento delle “principali affermazioni giurisprudenziali formati all’indomani dell’acquisto di efficacia del vigente codice – assicurando, in tal modo, una uniforme applicazione di tali principi -, soprattutto relativamente ad alcune aree tematiche ed applicative particolarmente rilevanti, quali ad esempio, la “revisione prezzi”, il concetto di “equivalenza”, riferito alle tutele in materia di contratti collettivi nazionali di lavoro, il principio dell’equo compenso, così come operante nell’ambito degli affidamenti dei servizi di ingegneria e architettura”.

missione speciale del 27 novembre 2024⁽⁶⁾.

Conclusa l'acquisizione dei pareri da parte delle competenti commissioni parlamentari, nel solco del ricordato procedimento di esercizio della delega legislativa conferita, il Governo ha emanato il decreto legislativo correttivo che ha così concluso il lungo percorso di nuovo recepimento delle direttive europee in materia di lavori, forniture, servizi e concessioni del 2014, per le quali, tuttavia, è già in corso l'iter per la modifica a livello europeo ed al quale conseguirà, dopo l'entrata in vigore del nuovo diritto unionale in materia, il recepimento da parte del legislatore italiano⁽⁷⁾.

Lo schema di decreto legislativo c.d. correttivo è stato approvato dal Consiglio dei ministri ed emanato con il d.Lgs. n. 209 del 31 dicembre 2024, recante "Disposizioni integrative e correttive al codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36"⁽⁸⁾.

2. La digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici nel correttivo al Codice.

Le principali novità del Codice dei contratti pubblici in tema di digitalizzazione hanno riguardato l'obbligo in capo alla stazione appaltante o un ente concedente di utilizzo delle piattaforme telematiche per la gestione di tutte le fasi del ciclo di vita dei contratti pubblici⁽⁹⁾, la previsione di una Banca dati nazionale dei contratti pubblici, nonché un nuovo regime, sostanziale e processuale, del diritto d'accesso⁽¹⁰⁾. L'obiettivo è la realizzazione del e-procurement, del passaggio alla piena digitalizzazione del ciclo

6 Cfr. Consiglio di Stato, Parere sullo "Schema di decreto legislativo recante "Disposizioni integrative e correttive al codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36", n. 01427/2024.

Al riguardo il supremo consesso evidenzia che "il positivo riferimento alla "stessa procedura" rende chiaro che gli "adempimenti del procedimento prescritti dalla legge di delegazione" (cfr. articolo 14, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400) sono definiti, relativamente all'intervento normativo correttivo ed integrativo in esame, per relationem, con l'unitario e comprensivo richiamo alla medesima sequela formale scandita per l'esercizio della delega", osservando, non senza notazioni critiche che, "sul punto, la scelta non si sottrae a qualche profilo di criticità logico-giuridica" poiché "la scansione formale dell'intervento correttivo ed integrativo avrebbe verosimilmente dovuto mimare, di fatto, la stessa sequita (rendendo coerente, in via definitiva, la relativa opzione) nella predisposizione del "Codice", anche con riguardo al ruolo del Consiglio di Stato" e segnalando "il rischio, potenzialmente rilevante ai fini di un eventuale sindacato di legittimità formale, in ordine al rispetto della legge di delegazione".

7 Come risulta, infatti, dalla Relazione speciale 28/2023: Appalti pubblici nell'UE-Meno concorrenza per i contratti di lavori, beni e servizi aggiudicati nel periodo 2011 - 2021 della Corte dei conti europea, in <https://www.eca.europa.eu/it/publications?ref=SR-2023-28>, "la concorrenza per i contratti pubblici è diminuita e che la riforma del 2014 delle direttive dell'UE non è riuscita manifestamente ad invertire tale tendenza" e che "che gli obiettivi fondamentali della riforma del 2014 delle direttive dell'UE volta a garantire la concorrenza, ad esempio semplificando e abbreviando le procedure di aggiudicazione degli appalti, non sono stati raggiunti e che alcuni di essi potrebbero anche ridurre la concorrenza". La Corte ha inoltre sottolineato la bassa percentuale di appalti aggiudicati alle PMI e un ricorso insufficiente agli appalti pubblici strategici.

Nelle Conclusioni del Consiglio europeo sulla relazione speciale n. 28/2023 della Corte dei conti europea "Accrescere la concorrenza leale ed efficace negli appalti pubblici di lavori, beni e servizi aggiudicati nell'UE", (C/2024/3521) del 24 maggio 2024, esorta la Commissione: "ad adottare un piano d'azione strategico in materia di appalti pubblici a livello di UE che contempra le tappe future a livello dell'UE, se del caso in cooperazione con gli Stati membri" invitando quest'ultima e gli Stati membri: "ad avviare senza indugio questi lavori e sollecita il completamento del piano d'azione strategico a livello di UE entro un termine ragionevole per orientare e informare un programma di revisione e riforma della situazione degli appalti nell'UE al fine di affrontare le questioni e le preoccupazioni sollevate nelle presenti conclusioni del Consiglio" cfr. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=OJ:C_202403521.

8 Pubblicato sulla, sulla GURI n. 305/2024 (SO 45), entrato in vigore dalla data stessa di pubblicazione.

9 Per ciclo di vita dei contratti pubblici deve intendersi, ai sensi dell'art. 3, c. 1, lett. p) dell'allegato I.1. al Codice, come l'«insieme delle attività, anche di natura amministrativa e non contrattuale, che ineriscono alla programmazione, progettazione, pubblicazione, affidamento ed esecuzione del contratto».

10 La dottrina ha offerto molteplici riflessioni in materia, che saranno richiamati nelle note che seguono, per i primi commenti sulle norme relative alla digitalizzazione del Codice del 2023 si vedano G. CARLOTTI, *I principi nel codice dei contratti pubblici: la digitalizzazione*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2023; P. CLARIZIA, *La digitalizzazione*, in *GDA* 3/2023, 302-310; M. GUARINO, *La digitalizzazione nei contratti pubblici*, in *Rivista Corte dei conti*, 4/2024, 69 e ss..

Più in generale v. B. MARCHETTI, B.G. MATTARELLA, *La digitalizzazione degli appalti e dei contratti pubblici* Torino, 2024; A. MASSARI, G. SORRENTINO, *La digitalizzazione degli appalti pubblici*, S. Arcangelo di Romagna, Maggioli, 2024.

di vita del contratto pubblico, dalla programmazione all'esecuzione⁽¹¹⁾.

Il Codice, in tal guisa, introduce rilevanti importanti innovazioni: l'ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale, diviene uno modulo indispensabile, sia per le amministrazioni che per gli operatori economici, per l'affidamento e la gestione dei contratti pubblici.

Trattasi di un percorso, quello della ineludibile modernizzazione digitale⁽¹²⁾, che proprio per le intrinseche caratteristiche di quest'ultimo, è e sarà ancora costituito di luci ed ombre, di eccellenze e di ritardi⁽¹³⁾, di successi e di fallimenti, nel sempre travagliato e complesso incedere delle riforme amministrative strutturali⁽¹⁴⁾.

Non può revocarsi in dubbio che la responsabilità di questo essenziale cambio di passo sia affidato alle istituzioni politiche ed alle stesse pubbliche amministrazioni, chiamate ad adeguare strutture e modalità operative alle nuove tecnologie ed a sfruttarne appieno le grandi potenzialità.

Come opportunamente sottolineato, più che di "transizione", sarebbe bene disquisire, al fine di meglio interpretare il profondo mutamento di paradigma sancito dal modo in cui l'Unione europea ha deciso di affrontare l'ultima fra le tante crisi che si è trovata ad attraversare nella sua storia - di "trasformazione digitale", la semplice transizione delle attuali procedure in formato digitale "sarebbe infatti solo un cambiamento di forma, che aggiungerebbe ben poco in termini di efficienza e di efficacia. La trasformazione digitale richiede invece una profonda riorganizzazione delle strutture e una altrettanto radicale reingegnerizzazione delle procedure, dei prodotti e dei servizi che la società si attende da un'amministrazione pubblica efficiente"⁽¹⁵⁾.

Sicché, non si tratta, quindi, di evocare un'agevole palingenesi autopoietica, ma di realizzare una profonda, quanto faticosa, grande trasformazione di un'amministrazione pubblica purtroppo frammentaria, invecchiata, poco alfabetizzata sotto il profilo

11 Tra i primi studi sugli acquisti elettronici delle amministrazioni pubbliche v. E. D'ALTERIO, *Acquisti delle pubbliche amministrazioni e Consip S.p.A.: luci e ombre, in astrid-online.it*, 2010, successivamente sulle previsioni del codice del 2016 si vedano F. CARDARELLI, *Procedure telematiche*, in A.M. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (dir. da), *Trattato sui contratti pubblici*, III, Milano, Giuffrè, 2019, 181 e ss., F. DI LASCIO, *Appalti elettronici e aggregati*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino Giappichelli, 2019, 141 e ss., più recentemente, M. PIGNATTI, *La digitalizzazione e le tecnologie informatiche per l'efficienza e l'innovazione nei contratti pubblici*, in *www.federalismi.it*, 12, 2022. Da consultare altresì *La digitalizzazione possibile degli appalti pubblici-Lanalisi della Banca d'Italia per l'Anac sulle prospettive delle-procurement*, in *Rassegna astrid*, n. 8/2020 e *Strategie e azioni per l'effettiva semplificazione e trasparenza nei contratti pubblici attraverso la completa digitalizzazione: le proposte dell'Autorità*, 27 maggio 2020, p. 6 in *www.anac.it*.

12 Sulla quale, per una più estesa analisi di contesto, si rinvia a R. CAVALLO PERIN, D. U. GALETTA (a cura di), *op. cit.*, e, più recentemente, L. TORCHIA, *Lo Stato digitale. Un'introduzione*, Bologna, 2023.

13 Prova ne è che, se la digitalizzazione della Pubblica Amministrazione costituisce un obiettivo comune anche ai Paesi di altri paesi europei, altri Stati membri hanno concentrato la loro attenzione su misure di seconda o di terza generazione. La Francia ha inserito, ad esempio, la "Digital Transformation" nel contesto del pilastro "Competitiveness" del relativo Piano. Analogamente anche la Germania ha previsto la digitalizzazione tra i propri obiettivi. Pur sussistendo rilevanti differenze rispetto al Piano italiano. Come osservato, infatti, gli interventi previsti attengono, più che alla digitalizzazione dei servizi pubblici, ad altre aree: a titolo esemplificativo, si sono ricordati: la creazione del *Bundeswehr Digitalisation and Technology Research Center*, la digitalizzazione delle ferrovie e i programmi di alfabetizzazione digitali. Le delineate divergenze di approccio sono state giustificate in ragione "del ritardo accumulato dall'Italia in questo settore: le riforme che devono essere attuate, dunque, sono quantitativamente superiori e partono, per così dire, dalle fondamenta, come l'estensione dello SPID e della CIE per l'accesso ai servizi. In questa medesima ottica si comprende anche il perché di un ammontare maggiore di risorse destinate dal Piano italiano al processo di digitalizzazione rispetto a Francia e Germania". Cfr. in tal senso B. BARMANN, *Lo Stato Digitale nel PNRR-Servizi Digitali e Cittadinanza Digitale*, in *www.irpa.eu*.

14 La relazione illustrativa al codice espressamente ricorda che: «la digitalizzazione della pubblica amministrazione rappresenta la vera grande sfida dei prossimi anni per realizzare, in chiave moderna, la riforma del sistema economico-sociale e per essere, quindi, pronti a creare e a utilizzare la nuova fonte di ricchezza e di conoscenza rappresentata dai "dati". Nell'ambito di tale tema la digitalizzazione dei contratti pubblici risulta fondamentale, non solo per realizzare una vera transizione digitale, ma anche per il rilancio del Paese. Non a caso tra gli obiettivi più rilevanti del Piano nazionale di ripresa e di resilienza c'è proprio 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)».

15 Così L. TORCHIA, *Prefazione*, in V. BONTEMPI (a cura di), *Lo Stato digitale nel piano nazionale di ripresa e resilienza*, Roma, il Mulino, 2022, 12.

digitale, per molti versi demotivata, intimorita dalla “paura della firma”⁽¹⁶⁾.

Il che consente di giungere ad una conclusione, purtroppo assai consolidata, sulla imprescindibile rilevanza della sua modernizzazione, del ricambio delle risorse umane e del rafforzamento professionale all'interno dell'amministrazione⁽¹⁷⁾.

Va segnalato preliminarmente che, con la delibera n. 582 del 13 dicembre 2023 il Consiglio dell'ANAC ha approvato il Comunicato adottato d'intesa con il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, che fornisce indicazioni relative all'avvio del processo di digitalizzazione.

In particolare, l'ANAC ha chiarito che la normativa sulla digitalizzazione prevista dal nuovo codice dei contratti pubblici, acquista piena efficacia a decorrere dal 1° gennaio 2024 per tutte le procedure di affidamento, comprese quelle avviate alla stessa data nell'ambito del PNRR, nonché stabilisce che le piattaforme di approvvigionamento digitale utilizzate dalle stazioni appaltanti ed enti concedenti, devono essere certificate, secondo le regole tecniche di AGID⁽¹⁸⁾ e dello schema operativo⁽¹⁹⁾, ed interoperabili; a tal fine, è attivata dall'ANAC la Piattaforma dei Contratti Pubblici (PCP)⁽²⁰⁾.

Giova ricordare, per i fini che ci riguardano, che l'asta elettronica costituisce un procedimento elettronico per la valutazione delle offerte, il quale può intervenire nel corso di diverse procedure (anche tradizionali) al fine di individuare l'offerta vincitrice, tramite meccanismi di rilancio⁽²¹⁾.

In altre parole non si tratta di una procedura a sé stante⁽²²⁾, bensì di uno strumento digitale di negoziazione delle offerte, che consente una valutazione automatica delle stesse, in base all'elemento del prezzo o sulla base di altri elementi quantitativi, nella fase dell'asta, favorendo, in tal senso e nel pieno rispetto del principio del risultato stabilito dall'art. 1 del medesimo codice, la concorrenza, la trasparenza, la riduzione dei prezzi e la contrazione dei tempi di espletamento delle gare⁽²³⁾. Tuttavia, restano escluse dall'ambito di applicazione delle aste elettroniche gli appalti di servizi e di lavori ad oggetto prestazioni intellettuali, come la progettazione di lavori, che in quanto tali non possono essere classificati in base ad un trattamento automatizzato, cui si può ricorrere soltanto per accertamenti traducibili in termini matematici.

Va richiamato al riguardo, al fine di meglio inquadrare la fattispecie in esame, il chiaro orientamento della giurisprudenza amministrativa alla stregua della quale: “le piattaforme informatiche (...) garantiscono la piena tracciabilità dei dati immessi in procedura e della tempistica del relativo trattamento [e] di fatto rendono conoscibili tutte le fasi della procedura e tutti gli atti che in essa sono confluiti, con piena garanzia di immodificabilità, segretezza e inviolabilità delle offerte”⁽²⁴⁾.

Si tratta, quindi, di quella chiara scelta verso le piattaforme digitali in guida da garantire certezza e prevedibilità all'attività delle stazioni appaltanti attraverso procedure telematiche che possano contribuire a rendere più efficiente l'individuazione del miglior contraen-

16 Appare evidente che, la digitalizzazione può svolgere una funzione giustapposta, in tal senso, a riguardo si veda G.M. RACCA, *La “fiducia digitale” nei contratti pubblici tra piattaforme e data analysis*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2023, 357 ss..

17 Con l'obiettivo evidente di un'amministrazione più efficiente. In merito si vedano, da ultimo, le considerazioni di D. U. GALETTA, *Transizione digitale e diritto ad una buona amministrazione: fra prospettive aperte per le Pubbliche Amministrazioni dal PNRR e problemi ancora da affrontare*, in *www.federalismi.it*, 7/2022, 103 ss..

18 Provvedimento AGID n. 137/2023.

19 Pubblicato sul sito di AGID il 25 settembre 2023; All. 2 aggiornato al 14 novembre 2023.

20 Per maggiori approfondimenti su tali profili si rinvia ad A. CARULLO, *Piattaforme digitali e interconnessione informativa nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici*, in *www.federalismi.it*, 19/2023, 110 e ss..

21 In questo senso B. MARCHETTI, *Amministrazione digitale*, cit., 92.

22 Cfr. F. CARINGELLA, P. MANTINI, M. Giustiniani (a cura di), *Il nuovo diritto dei contratti pubblici: commento organico al D.Lgs 18 aprile 2016*, n. 50, Roma, Dike Giuridica, 2016, 150 e ss..

23 C. CONTESSA, P. DEL VECCHIO (a cura di), *op. cit.*, 267 ss., spec. 300..

24 In tal senso espressamente TAR Campania, Napoli, sez. VIII, 30 novembre 2021, n. 7692.

te, ma anche rafforzare la trasparenza delle procedure che a tale individuazione presiedono e che si ricollega direttamente agli orientamenti del diritto secondario unionale⁽²⁵⁾.

Tra le previsioni del d.lgs. n. 209 del 2024 che incidono sulla digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti vanno ricordate quelle preordinate all'accelerazione e semplificazione dell'alimentazione del fascicolo virtuale dell'operatore economico ("FVOE"), giusta le previsioni dell'art. 24, terzo comma, del Codice, al fine di meglio precisare le regole sulla certificazione delle piattaforme (pubbliche o private) che consentono alle stazioni appaltanti di connettersi alla Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici ("BDNCP") ai sensi dell'art. 26, commi 1-3, del Codice, per il riparto di attività tra il RUP ed i funzionari degli adempimenti da svolgere ai fini del caricamento dei dati sulla BDNCP e per semplificare il funzionamento del casellario informatico (art. 2, primo comma, dell'all. I.2 del Codice), come pure per la progettazione informatica e l'applicazione del c.d. "BIM", in riferimento alle quali viene innalzata la soglia da 1 milioni a 2 milioni di euro per l'obbligo di progettazione informatica decorrente a partire dal 1° gennaio 2025⁽²⁶⁾.

Vanno infine annoverate tra le innovazioni, ma si tratta di disposizioni da considerare a compendio della progressiva trasformazione del sistema in una prospettiva digitale, quelle relative all'art. 41 codice dei contratti pubblici del 2023. In particolare, con il precipuo obiettivo di garantire la piena attuazione delle disposizioni in materia di digitalizzazione dell'intero ciclo di vita dei contratti pubblici, si introduce una modifica del sesto comma, concernente il progetto di fattibilità tecnico economica (PFTE) che, giusta la novella, deve contenere i riferimenti puntuali all'eventuale uso di metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni di cui all'art. 43 del Codice e deve recepire, nelle ipotesi di adozione di metodi e strumenti di gestione informativa digitale, i requisiti informativi sviluppati per il perseguimento degli obiettivi di livello progettuale e definiti nel capitolato informativo allegato al documento di indirizzo della progettazione⁽²⁷⁾.

In disparte resta poi la questione dell'applicazione alle procedure ad evidenza pubblica digitali dell'intelligenza artificiale⁽²⁸⁾, legata soprattutto ai caratteri di opacità di quest'ultima che appare arduo conciliare con i principi generali di pubblicità, motivazione e giustiziabilità che presiedono allo svolgimento dell'azione amministrativa in materia⁽²⁹⁾ e che, più opportunamente, occorrerà ricondurre all'evoluzione dell'ordinamento

25 Considerazioni richiamate da B. MARCHETTI, *Amministrazione digitale*, in *Enc. dir., Funzioni amministrative*, Milano, Giuffrè, 2022, 91 e ss.

26 Come noto per l'applicazione delle tecnologie digitali alla progettazione il percorso è risultato assai accidentato già a far data dal codice del 2016, essendo stata offerta attuazione alla previsione del comma 13 dell'articolo 23 inizialmente con il d.m. 1 dicembre 2017, n. 560, e successivamente, di fronte alle perduranti spinte inerziali e difficoltà nell'introduzione di tali tecnologie per le stazioni appaltanti, con il d.m. 2 agosto 2021, n. 312, emanato in attuazione dell'art. 48, sesto comma, del d.l. n. 77 del 2021, riconducibili prevalentemente alle difficoltà di conseguire la piena interoperabilità delle piattaforme elettroniche utilizzate da amministrazioni pubbliche ed operatori economici.

27 Il progetto di fattibilità tecnico-economica, come noto, costituisce lo sviluppo progettuale della soluzione che, tra le alternative possibili messe a confronto nel DOCFAP, ove redatto, presenta il miglior rapporto tra costi complessivi da sostenere e benefici attesi per la collettività ed è elaborato sulla base della valutazione delle caratteristiche del contesto nel quale andrà inserita la nuova opera, compatibilmente con le preesistenze (anche di natura ambientale, paesaggistica e archeologica).

28 Si veda in merito A. LALLI (a cura di), *L'amministrazione pubblica nell'era digitale*, Torino Giappichelli, 2022, *passim*; G. CARULLO, *Decisione amministrativa e intelligenza artificiale*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 3/2021, 431 ss.; D.U. GALETTA, J.G. CORVALAN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *www.federalismi.it*, 3, 2019, 3 e ss.; R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Dir. amm.*, 2, 2020, 308 e ss.; P. OTRANTO, *Riflessioni in tema di decisione amministrativa, intelligenza artificiale e legalità*, in *www.federalismi.it*, 7, 2021, 190 ss.

29 In senso analogo B. MARCHETTI, *op. cit.*, 93, ma anche ID, *L'impiego dell'intelligenza artificiale nell'attività contrattuale dell'amministrazione pubblica*, in B. MARCHETTI, B.G. MATTARELLA, *La digitalizzazione degli appalti e dei contratti pubblici*, cit. 45 e ss.; in materia si veda da ultimo G. F. LICATA, *Intelligenza artificiale e contratti pubblici: problemi e prospettive*, in *Ceridap*, 2/2024; in <https://ceridap.eu/intelligenza-artificiale-e-contratti-pubblici-problemi-e-prospettive/>

unionale che appare imminente in tal senso anche nel settore degli appalti pubblici⁽³⁰⁾.

In ultimo, sembra opportuno sottolineare che le disposizioni normative in esame del codice dei contratti pubblici, trovano applicazione pacifica anche negli ordinamenti delle regioni a statuto speciale, in coerenza con quanto previsto dall'art. 2 della legge delega 21 giugno 2022, n. 78⁽³¹⁾, non risultando compatibile con l'ordinamento costituzionale una competenza legislativa derogatoria delle regioni in materia di procedure ad evidenza pubblica, alla stregua della costante giurisprudenza costituzionale⁽³²⁾ e comunque in fattispecie riconducibile alle previsioni dell'art. 117, secondo comma, lett. r)⁽³³⁾.

Con specifico riguardo alla disciplina delle aste pubbliche e dei cataloghi elettronici, ai quali sono dedicate le riflessioni che seguono, non si rinvencono modifiche, pur di fronte ad un articolato intervento di modifica ed integrazione sia nel codice appro-

30 Giova ricordare, peraltro, che ai sensi dell'art. 30, primo comma del Codice "Per migliorare l'efficienza le stazioni appaltanti e gli enti concedenti provvedono, ove possibile, ad automatizzare le proprie attività ricorrendo a soluzioni tecnologiche, ivi incluse l'intelligenza artificiale e le tecnologie di registri distribuiti, nel rispetto delle specifiche disposizioni in materia".

I commi successivi della disposizione normativa (2, 3 e 4) introducono talune cautele da garantire nell'utilizzo dell'intelligenza artificiale, in particolare: a) "Nell'acquisto o sviluppo delle soluzioni di cui [sopra] le stazioni appaltanti e gli enti concedenti: a) assicurano la disponibilità del codice sorgente, della relativa documentazione, nonché di ogni altro elemento utile a comprenderne le logiche di funzionamento; b) introducono negli atti di indizione delle gare clausole volte ad assicurare le prestazioni di assistenza e manutenzione necessarie alla correzione degli errori e degli effetti indesiderati derivanti dall'automazione" (comma 2); b) "Le decisioni assunte mediante automazione rispettano i principi di: a) conoscibilità e comprensibilità, per cui ogni operatore economico ha diritto a conoscere l'esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardano e, in tal caso, a ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata; b) non esclusività della decisione algoritmica, per cui comunque esiste nel processo decisionale un contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatizzata; c) non discriminazione algoritmica, per cui il titolare mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di impedire effetti discriminatori nei confronti degli operatori economici" (comma 3); c) "Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano ogni misura tecnica e organizzativa atta a garantire che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori, nonché a impedire effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche sulla base della nazionalità, dell'origine etnica, delle opinioni politiche, della religione, delle convinzioni personali, dell'appartenenza sindacale, dei caratteri somatici, dello status genetico, dello stato di salute, del genere o dell'orientamento sessuale" (comma 4).

31 Sulla quale vedi per tutti, R. CAVALLO PERIN, M. LIPARI, G. M. RACCA, *Contratti pubblici ed innovazioni. Per l'attuazione della legge delega*, Napoli, Iovene, 2022, ed in particolare, G. M. RACCA, *Le innovazioni necessarie per la trasformazione digitale e sostenibile dei contratti pubblici*, 9 ss., alla quale si rinvia anche per ampi riferimenti alle esperienze straniere ed europee in materia di digitalizzazione dei contratti pubblici (*public procurements digitalization*), della stessa A. si veda anche *La digitalizzazione necessaria dei contratti pubblici: per un'Amazon pubblica*, DPCE Online, 45(4), 2021, <https://doi.org/10.57660/dpceonline.2020.1183>.

32 Sia consentito rinviare in materia al mio contributo, *Autonomie territoriali speciali e contratti pubblici*, in F. MANGANARO, N. PAOLANTONIO, F. TIGANO, *La riforma dei contratti pubblici*, cit., 77 ss., ma si veda altresì G. ARMAO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici d.lgs 36/2023 della Regione Siciliana*, Palermo, Grafill, 2024. Più specificatamente, sui rapporti tra Stato e Regioni con riguardo alla digitalizzazione v. E. CARLONI, *La differenza attesa, la differenziazione praticata: spunti su autonomie regionali e digitalizzazione pubblica*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2023, 299 ss..

33 In senso analogo ancora v. A. CARULLO, *Piattaforme digitali e interconnessione informativa nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici*, cit..

vato nel 2023⁽³⁴⁾, che nel correttivo approvato dal Consiglio dei ministri ed approvato con il d.lgs. n. 209 del 31 dicembre 2024, recante “Disposizioni integrative e correttive al codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36”⁽³⁵⁾.

3. Le aste pubbliche nel contesto dell'ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale.

Le aste elettroniche consentono alle stazioni appaltanti che se ne avvalgono di mettere in gara, in tempo reale, i potenziali fornitori che intendano aggiudicarsi un appalto pubblico con offerte al ribasso entro un termine prefissato.

Secondo parte della dottrina⁽³⁶⁾ la peculiarità di questa tipologia di procedura è riscontrabile nella evidente dinamicità del prezzo all'interno delle varie fasi della procedura di gara, nonché nella capacità di realizzare, in tal guisa, un notevole risparmio dei costi, la contrazione dei tempi di valutazione delle offerte attraverso un processo semplificato di gestione delle fasi della gara e la riduzione degli errori connessi ad interpretazioni non conformi al dato normativo.

Il nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36 del 2023), disciplina l'istituto dell'asta elettronica all'art. 33, il quale, al primo comma, stabilisce che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti, prima dell'aggiudicazione, possono ricorrere alle aste elettroniche come “un processo elettronico per fasi successive”, che interviene dopo una prima valutazione delle offerte, le quali vengono classificate attraverso meccanismi automatizzati, nonché eventualmente riclassificate in caso di rilancio, da parte dei partecipanti in gara, di nuovi prezzi sulla migliore offerta presentata.

La scelta di ricorrere a tale strumento - che sarebbe stato ovviamente più opportuno qualificare come procedimento anziché come processo in una normativa di tale rilievo peraltro elaborata in termini tecnici - è rimessa alle stazioni appaltanti, purché sussistano precise condizioni, tra tutte, così come stabilito dal secondo comma della disposizione in esame: la possibilità di fissare in termini puntuali le specifiche del contratto⁽³⁷⁾.

L'obiettivo perseguito dal legislatore, rileva in termini abbastanza evidenti, è quello di garantire la massima trasparenza ed evitare il rischio, ad esempio, di utilizzo di cri-

34 Anche se va osservato che, la proposta prevede modifiche di altre previsioni sulla digitalizzazione dei contratti pubblici, volte a favorire, ad accelerare ed a semplificare l'alimentazione del fascicolo virtuale dell'operatore economico; meglio precisare le previsioni sulla certificazione delle piattaforme (pubbliche o private) che consentono alle stazioni appaltanti di collegarsi alla Banca dati nazionale gestita da ANAC; stabilire la distinzione dei compiti tra il RUP ed il personale in servizio presso le stazioni appaltanti ai fini del caricamento dei dati sulla *Banca dati nazionale dei contratti pubblici*; accelerare e semplificare il funzionamento del casellario informatico; modificare le previsioni sull'utilizzo di metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni (BIM-Building Information Modeling), innalzando, con decorrenza dal 10 gennaio 2025 la soglia relativa all'obbligatorietà del ricorso al sistema da 1 a 2 milioni €, provvedendo inoltre ad una complessiva razionalizzazione dei requisiti tecnici per la redazione in modalità digitale dei documenti di programmazione, progettazione ed esecuzione dell'opera.

In merito sulla modellazione informativa della progettazione v. S. D'ANCONA, *La progettazione nei lavori pubblici: quadro attuale e prospettive di riforma*, in *www.federalismi.it*, 3/2022, 77 e ss..C. COSTANZI, *The legal implications of Building Information Modeling (BIM) in public procurement law. An Italian perspective*, in *www.Ambienteditratto.it*, 3/2020, 1 e ss.; G.M. RACCA, *La modellazione digitale per l'integrità, l'efficienza e l'innovazione nei contratti pubblici*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 3, 2019, 739 e ss., R. PICARO, *La modellazione informatica per l'edilizia e le infrastrutture*, in *Riv. Giur. Ediliz.*, n. 5, 2018, 393 ss., V. SESSA, *Riforma degli appalti e Building Information Modeling*, in *giustamm.it*, n. 2, 2016, 1-9.

Per una prospettiva comparata v. G.M. DI GIUDA, G.M. RACCA, *From Works Contracts to Collaborative Contracts: The Challenges of Building Information Modeling (Bim) in public procurement*, in G.M. RACCA, C.R. YUKINS (a cura di), *Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders*, Bruxelles, Bruylant, 2019, 223 e ss..

35 Pubblicato sulla, sulla GURI n. 305/2024 (SO 45), entrato in vigore dalla data stessa di pubblicazione.

36 In tal senso v. U. REALFONZO, R. BERLOCO (a cura di), *Commentario al nuovo codice dei contratti pubblici*, vol. I, cit., 141 ss., spec. 143; ma già J. BUGGIA, sub artt. 56 e 57, in G. M. ESPOSITO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici: commentario di dottrina e giurisprudenza*, Milano, Utet giuridica, 2017, 704 ss., spec. 711 al quale si rinvia anche per i riferimenti alla dottrina risalente in materia.

37 Sul punto si veda l'accurata analisi di A. G. OROFINO, *Ricorso alle aste elettroniche*, in R. DE NICOLIS (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Ambito oggettivo e soggettivo. Procedure di affidamento*, Milano, Giuffrè, 2007, 1169.

teri qualitativi selettivi che possano limitare la concorrenza⁽³⁸⁾.

La possibilità di ricorrere all'asta elettronica, sebbene si estenda a qualsiasi procedura di gara (aperta, ristretta o competitiva con negoziazione), tuttavia, è esclusa nel caso in cui la stessa abbia ad oggetto prestazioni intellettuali che necessitano una valutazione, non più fondata su criteri squisitamente matematici (sulla base dei prezzi offerti o i prezzi o i nuovi valori degli elementi dell'offerta – terzo comma della normativa in esame), bensì di natura discrezionale che deve essere pertanto adeguatamente ponderata dalla stazione appaltante⁽³⁹⁾.

Al fine di garantire la massima trasparenza e conoscibilità delle decisioni amministrative, in linea con i principi generali dell'azione amministrativa e dello stesso codice dei contratti pubblici, al quarto comma della disposizione in commento è stabilito che, le informazioni per lo svolgimento dell'asta elettronica devono essere rese note agli offerenti, pertanto, le stazioni appaltanti/enti concedenti devono redigere i bandi di gara e le lettere di invito in modo tale da contenere, espressamente, tutte le informazioni necessarie garantendo massima trasparenza sui termini della procedura e conoscibilità delle informazioni.

Giusta il quinto comma dell'articolo in esame, le stazioni appaltanti procedono ad una valutazione delle offerte pervenute prima di avviare l'asta, accertando la conformità ai criteri di presentazione e di aggiudicazione.

Sono invitati a partecipare simultaneamente all'asta elettronica solamente i soggetti che hanno presentato offerte ammissibili, escludendosi, invece, coloro hanno inoltrato offerte irregolari, inaccettabili o inadeguate in base a quanto stabilito dal sesto sino al decimo comma della norma disaminata.

L'invito, che deve essere necessariamente trasmesso ai soggetti precedentemente indicati, pena l'annullamento e la ripetizione dell'asta⁽⁴⁰⁾, deve contenere il risultato della preventiva valutazione delle offerte effettuato dalla stazione appaltante o dall'ente concedente, nonché la formula matematica utilizzata per la riclassificazione automatica delle offerte. Grava altresì sulle stazioni appaltanti, ai sensi del tredicesimo comma della disposizione in commento, l'onere di comunicare in tempo reale agli offerenti le informazioni concernenti la rispettiva classificazione, mentre, per finalità di segretezza, non possono essere rese pubbliche, durante lo svolgimento della gara, l'identità degli offerenti. Dal quattordicesimo al sedicesimo comma della medesima disposizione, il legislatore si sofferma a disciplinare la fase della conclusione dell'asta elettronica, in particolare, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti addivengono alla declaratoria di conclusione dell'asta elettronica sulla scorta delle diverse modalità puntualmente individuate dalla norma in commento. La determinazione della conclusione della procedura elettronica può avvenire con tre modalità puntualmente declinate dal legislatore in linea a quanto previsto dalle precedenti disposizioni codicistiche in materia.

La prima attiene all'avvenuto conseguimento dei termini (data e ora) preventivamente indicati. In secondo luogo, le stazioni appaltanti o gli enti concedenti possono dichiarare conclusa l'asta con un'interruzione unilaterale della procedura quando non ricevono più nuovi prezzi o nuovi valori che rispondono ad esigenze degli scarti minimi; in altre parole, quando non si ritiene più utile lo svolgimento dell'asta elettronica per consumazione delle proposte economiche, purché le stazioni appaltanti o gli enti concedenti abbiano, sin dall'origine, comunicato il termine entro cui sia possibile pre-

38 Cfr. C. CONTESSA, P. DEL VECCHIO (a cura di), *op. cit.*, 301.

39 L. R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici: commentato*, Milano, Wolters Kluwer, 2017, 549. Sulle nuove previsioni del Codice del 2023 cfr. R. DIPACE, *Manuale dei contratti pubblici*, cit., 250 ss., spec. 256. e I. PRATO, I. LUCHENA, *Aste elettroniche e Cataloghi elettronici*, in M. CORRADINO, S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *I nuovi appalti pubblici*, cit., 128-129.

40 CGUE 7 aprile 2016, n. 324/14; CGUE 8 settembre 2015, n. 324/14.

sentare nuove offerte prima della conclusione dell'asta.

A chiusura della serie di modalità indicate dal quattordicesimo comma della disposizione in esame, per lo svolgimento della procedura si prevede che essa possa giungere a conclusione anche quando: “il numero delle fasi dell'asta preventivamente indicato è stato raggiunto”.

Invero, trattasi di modalità flessibili che consentono a stazione appaltante ed enti concedenti di prescegliere quella più funzionale alla tipologia di procedura, in relazione ai beni oggetto dell'asta elettronica e alla configurazione del mercato di riferimento.

Appare di tutta evidenza che la valutazione della scelta tra le diverse modalità sia di pertinenza dirigenziale e non certamente dei vertici politici dell'organismo della stazione appaltante o del concedente, e che tale determinazione vada motivata specificando le ragioni che inducono a prescegliere l'una piuttosto che l'altra, in linea con i principi generali dell'azione amministrativa sull'obbligo di motivazione.

Alla stregua di quanto previsto dal successivo comma della norma in trattazione, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti che intendono dichiarare conclusa l'asta elettronica, secondo l'ultima delle modalità illustrate, nonché “eventualmente in combinazione con le modalità di cui alla lettera b) del medesimo comma”, devono indicare nell'invito a partecipare all'asta elettronica il calendario di svolgimento di ogni fase dell'asta stessa.

Il senso di tale specificazione della disposizione normativa appare chiaramente quello di rendere trasparente e predeterminata l'articolazione delle fasi dell'asta elettronica e ciò in evidente applicazione dei principi unionali in materia di trasparenza delle procedure ad evidenza pubblica. In altre parole, non è consentito alla stazione appaltante o concedente interrompere ex abrupto lo svolgimento della procedura, dovendo in ogni caso predeterminare i termini di svolgimento di ogni fase dell'asta, in guisa da consentire la piena partecipazione da parte degli offerenti.

L'ultimo comma dell'articolo 33, che svolge una funzione di chiusura della disciplina delle aste elettroniche, stabilisce che la stazione appaltante o l'ente concedente, una volta dichiarata conclusa l'asta elettronica debba procedere all'aggiudicazione dell'appalto “in funzione dei suoi risultati”. Pertanto, i due momenti, quello della conclusione dell'asta elettronica e quello dell'aggiudicazione dell'appalto, risultano ben demarcati e la seconda segue necessariamente la prima. Proseguendo l'analisi sulla normativa in commento, appare acconcio soffermarsi sulla delicata questione, oggetto di molteplici e recenti pronunce giurisprudenziali, concernente la sopravvenienza di eventuali imprevisti che possono verificarsi durante lo svolgimento della gara ed ascrivibili alla stazione appaltante.

Sul punto, risulta ormai consolidato l'orientamento del giudice amministrativo secondo il quale, analogamente a quanto avviene per le procedure ad evidenza pubblica ordinarie, eventuali imprevisti non possano pregiudicare il diritto alla regolare partecipazione del concorrente alla gara pubblica. Avuto specifico riguardo alle modalità telematiche di svolgimento della procedura ad evidenza pubblica è stato statuito che il malfunzionamento del sistema informatico, che renda sostanzialmente impossibile la trasmissione della domanda di partecipazione alla gara stessa, determina per la stazione appaltante l'onere di disporre la sospensione del termine per la ricezione delle offerte per il periodo di tempo necessario a ripristinare il normale funzionamento dei mezzi e la proroga dello stesso per una durata proporzionale alla durata e/o alla gravità del mancato funzionamento⁽⁴¹⁾.

41 Così da ultimo Tar Campania, Napoli, I, 9 novembre 2022, n. 7202. Sembra utile ricordare il caso di specie per la sua peculiarità, nel quale il termine per la presentazione delle offerte scadeva alle ore 18.00 del 1° agosto 2022 ed il sistema registrava un blocco dalle ore 14:45 circa alle ore 17:55. Il Giudice amministrativo napoletano ha ritenuto che il ripristino del sistema alle ore 17:57 non potesse esser ritenuto sufficiente a garantire la piena partecipazione alla procedura, dovendosi, infatti, ritenere il “*lasso di tempo di tre minuti insufficiente per l'operatore economico, non potendosi da esso pretendere un comportamento che si mostra inesigibile, in uno spazio temporale così ristretto*”.

In senso conforme Cons. Stato, III, 24 novembre 2020, n. 7352 e più recentemente T.a.r. Lombardia, II, 10 marzo 2022, n. 571.

Se è pur vero che in capo ai concorrenti di una gara telematica sia configurabile: “una peculiare diligenza nella trasmissione degli atti di gara, compensata dalla possibilità di uso diretto della loro postazione informatica”, sicché appare necessaria una “idonea diligenza nell’uso di un meccanismo rischioso, nel funzionamento del quale ogni soggetto coinvolto svolge attività e compiti distinti”⁽⁴²⁾, con conseguente impossibilità di addossare alla stazione appaltante ogni tipo di anomalia nel meccanismo di invio e ricezione, tuttavia, resta salva la prova del malfunzionamento del sistema “pubblico” per la trasmissione delle offerte con la specificazione che “spetta al concorrente offrire un principio di prova del suddetto malfunzionamento”⁽⁴³⁾.

Appare inoltre rilevante evidenziare, per le finalità che ci occupano, che le procedure svolte per mezzo di piattaforme telematiche perseguano la funzione di attenuare i profili formalistici che sono propri delle procedure ad evidenza pubblica di tipo tradizionale, in quanto nelle prime vi sono una serie di elementi tecnologici che inducono ad escludere l’incertezza sulla provenienza dell’offerta e che le modalità di partecipazione alla gara siano caratterizzate da elementi idonei a far desumere, con ragionevole certezza, la riconducibilità al concorrente della domanda, presentata attraverso la piattaforma dedicata⁽⁴⁴⁾.

Più specificatamente, la giurisprudenza ha precisato che la gestione telematica della gara 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 garantisce l’immodificabilità delle stesse, nonché la tracciabilità di ogni operazione compiuta; inoltre nessuno degli addetti alla gestione della gara può accedere ai documenti dei partecipanti, fino alla data e l’ora della seduta di gara, specificata infine in fase di creazione della procedura, dal momento che le stesse caratteristiche della gara telematica escludono in radice ed oggettivamente la possibilità di modifica dell’offerta”⁽⁴⁵⁾.

Pur di fronte al consolidato orientamento richiamato⁽⁴⁶⁾, alla stregua della quale va ritenuta legittima l’esclusione del concorrente che abbia ommesso di apporre la firma digitale sull’offerta, si è prospettata una mitigazione in virtù del principio di effettività, ove la procedura telematica stessa non consenta di dubitare della riconducibilità dell’offerta al concorrente⁽⁴⁷⁾, e che la stessa sia sufficiente o, al più, sanabile tramite il sub procedimento di soccorso istruttorio⁽⁴⁸⁾.

Mentre deve, comunque, ritenersi legittima l’esclusione di un concorrente nel caso in

42 Così Consiglio di Stato, III, 2 luglio 2014, n. 3329.

43 In tal senso già TAR Lombardia, Milano, IV, 14 ottobre 2016, n. 1865.

44 Come precisato dalla già richiamata pronuncia: le piattaforme informatiche “garantiscono la piena tracciabilità dei dati immessi in procedura e della tempistica del relativo trattamento [e] di fatto rendono conoscibili tutte le fasi della procedura e tutti gli atti che in essa sono confluuti, con piena garanzia di immodificabilità, segretezza e inviolabilità delle offerte” (TAR Campania, Napoli, VIII, 30 novembre 2021, n. 7692).

45 Così Tar Campania, Napoli, VIII, 3882 del 2020, nonché TAR Lombardia, Milano, IV, 448/2021.

46 Cons. Stato, IV, 27 luglio 2022, n. 9165.

47 TAR Campania, Napoli, I, 18 luglio 2023, n. 4363, sicché deve ritenersi “esperibile il soccorso istruttorio nell’ipotesi in cui la documentazione di partecipazione prodotta sia priva di sottoscrizione (ove) la domanda di partecipazione e la relativa documentazione allegata siano in qualche modo riconducibili al concorrente e che quindi la mancata sottoscrizione non precluda la riconoscibilità della provenienza della documentazione di partecipazione e non comporti un’incertezza assoluta sulla stessa”.

Nella fattispecie allesame del giudice partenopeo, infatti: “unitamente ai dati del concorrente in possesso dell’amministrazione, appare idonea a superare l’incertezza sulla provenienza dell’atto e che, conseguentemente, nonostante la mancanza della firma digitale della domanda di partecipazione, la stessa possa essere imputata al concorrente istante”.

48 TAR Sicilia, Catania, I, 15 luglio 2022, n. 1911. In senso analogo anche la delibera ANAC 17 marzo 2020, n. 265 alla stregua della quale deve ritenersi illegittima l’esclusione del concorrente nelle ipotesi nelle quali, in base alle circostanze concrete: “l’offerta risultava con assoluta certezza riconducibile e imputabile a un determinato soggetto o operatore economico” con la conseguenza che “la carenza strutturale dell’atto viene in tal caso superata in considerazione del superiore interesse dell’amministrazione nella procedura di gara a non escludere un concorrente che è identificabile con assoluta certezza sulla base di altri elementi acquisiti aliunde, nell’ambito della documentazione prodotta”.

cui abbia inviato la domanda oltre il limite orario fissato dal bando, ove risulti dimostrato, dall'esame dei "file log", che la piattaforma telematica prescelta dall'amministrazione per la gestione telematica della procedura non abbia generato anomalie o determinato mal-funzionamenti; resta, infatti, a carico del partecipante che non abbia iniziato con "congruo anticipo la procedura di upload nell'offerta" il rischio della lentezza della linea internet⁽⁴⁹⁾.

Parimenti, con riguardo al delicato profilo della decisione algoritmica, i giudici di Palazzo Spada hanno rilevato che: "il ricorso alla funzione algoritmica all'interno del procedimento amministrativo non è vietato di per sé, neppure in relazione ai procedimenti caratterizzati da discrezionalità, anche tecnica, a condizione che si rispettino determinati requisiti, derivanti sia dai principi di diritto interno che dalle norme del diritto europeo"⁽⁵⁰⁾. L'utilizzazione dell'algoritmo, infatti, "in funzione integrativa e servente della decisione umana, ovvero anche in funzione parzialmente decisionale nei procedimenti a basso tasso di discrezionalità, non può mai comportare un abbassamento del livello delle tutele garantite dalla legge sul procedimento amministrativo, ed in particolare di quelle sulla individuazione del responsabile del procedimento, sull'obbligo di motivazione, sulle garanzie partecipative, e sulla cd. non esclusività della decisione algoritmica", e ciò nel presupposto che le regole tecniche che governano ciascun algoritmo restano pur sempre "regole amministrative generali costruite dall'uomo e non dalla macchina"⁽⁵¹⁾.

Come osservato in dottrina⁽⁵²⁾, dunque, ci si trova di fronte ad un sistema che costituisce un meccanismo di aggiudicazione celere e in grado di facilitare l'accesso al mercato, tuttavia, se mal utilizzato, porta con sé il rischio di elusione delle regole a presidio della concorrenza.

4. I cataloghi elettronici.

Il modello delineato dall'art. 34 del codice dei contratti pubblici prevede che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti accedano ad un catalogo elettronico di beni e servizi offerti dai fornitori accreditati, al fine di effettuare ordini di acquisto diretti o richieste di offerta (RdO).

49 In questo senso, Cons. St., sez. III, 24 novembre 2020, n. 7352, secondo tale pronuncia il concorrente che partecipa ad una gara telematica, accedendo alle opportunità offerte dall'informatica fornite ai fruitori della procedura, deve ritenersi pienamente consapevole che occorre un determinato lasso di tempo per eseguire nel dettaglio le procedure di upload la cui celerità è ascrivibile, in gran parte, dalla velocità dell'infrastruttura di comunicazione (lato utente e lato stazione appaltante), quest'ultima a sua volta interferita da variabili fisiche o di traffico; "l'esperienza e abilità informatica dell'utente, la stima dei tempi occorrenti per il completamento delle operazioni di upload, la preliminare e attenta lettura delle istruzioni procedurali, il verificarsi di fisiologici rallentamenti conseguenti a momentanea congestione del traffico, sono tutte variabili che il partecipante ad una gara telematica deve avere presente, prevenire e "dominare" quando si accinge all'effettuazione di un'operazione così importante per la propria attività di operatore economico, non potendo il medesimo pretendere che l'amministrazione, oltre a predisporre una valida piattaforma di negoziazione operante su efficiente struttura di comunicazione, si adoperi anche per garantire il buon fine delle operazioni, qualunque sia l'ora di inizio delle stesse, prescelto dall'utente, o lo stato contingente delle altre variabili sopra solo esemplificativamente indicate". In senso analogo, Cons. Stato, sez. V, 20 novembre 2019, n. 7922.

50 Come ha avuto modo di precisare il Consiglio di Stato nelle pronunce dedicate alla questione cfr. CdS sez. VI, n. 2270/2019, seguita e specificata dalle sentt. 8472, 8473, 8474 del 2019, nonché Cons. Stato, sez. VI, sentt. 881/2020 e 1206/2021. In particolare, nella prima pronuncia si è precisato che: "in generale, non può essere messo in discussione che un più elevato livello di digitalizzazione dell'amministrazione pubblica sia fondamentale per migliorare la qualità dei servizi resi ai cittadini e agli utenti. Il codice dell'amministrazione digitale rappresenta un approdo decisivo in tale direzione. I diversi interventi di riforma dell'amministrazione susseguiti nel corso degli ultimi decenni, fino alla legge n. 124/2015, sono indirizzati a tal fine; nella medesima direzione sono diretti gli impulsi che provengono dall'ordinamento comunitario", specificando inoltre che "devono sottolinearsi gli indiscutibili vantaggi derivanti dall'automazione del processo decisionale dell'amministrazione mediante l'utilizzo di una procedura digitale attraverso un "algoritmo" ovvero di una sequenza ordinata di operazioni di calcolo che in via informatica sia in grado di valutare graduare una moltitudine di domande", con la conseguenza che "la riduzione della tempistica procedimentale per operazioni meramente ripetitive e prive di discrezionalità l'esclusione di interferenze dovute a negligenza (o peggio dolo) del funzionario (essere umano) e la conseguente maggior garanzia di imparzialità della decisione automatizzata".

51 Tar Campania, Napoli, III, 14 novembre 2022, n. 7003. In dottrina si veda sul punto, F. TALLARO, *La digitalizzazione del ciclo dei contratti pubblici, in giustizia-amministrativa.it*, 2023.

52 Così ancora J. BUGGIA, *sub artt. 56 e 57*, in G. M. ESPOSITO (a cura di), *op. cit.* 716.

La definizione di “catalogo elettronico” non è contenuta nell’attuale codice⁽⁵³⁾, dovendosi, pertanto, ricorrere al considerando 68 della direttiva 2014/24/UE alla stregua del quale: “I cataloghi elettronici sono un formato per la presentazione e organizzazione delle informazioni in un modo comune per tutti gli offerenti e che si presta al trattamento elettronico”.

Il catalogo elettronico, in un contesto di semplificazione e digitalizzazione delle procedure di acquisto, consente la presentazione e l’organizzazione delle informazioni in maniera comune a tutti gli offerenti, in formato elettronico, in conformità ai principi di non discriminazione e di parità di trattamento, garantendo, in tal guisa, un’elaborazione precisa e trasparente, in modo da accelerare le procedure di gara⁽⁵⁴⁾.

Alla stregua del secondo comma della previsione normativa in commento, i cataloghi elettronici devono essere predisposti in “conformità alle specifiche tecniche ed al formato stabiliti dalle stazioni appaltanti”, al fine di garantire la legittimità della partecipazione alla procedura ad evidenza pubblica.

Infatti, in conformità a quanto stabilito dal richiamato 68° considerando, gli operatori economici non possono limitarsi alla trasmissione del loro catalogo generale, essendo, invece necessario, adattare i cataloghi generali alla specifica procedura d’appalto, pur sempre nel rispetto dei vincoli che derivano dal nuovo contesto di riferimento, ovvero di digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici, e dal conseguente uso obbligatorio dei dati in formato aperto⁽⁵⁵⁾.

Le stazioni appaltanti o enti concedenti che ricorrono allo strumento dei cataloghi elettronici per l’espletamento della procedura di gara, devono declinarlo nel bando di gara o nell’invito a confermare interesse, unitamente alla specifica indicazione delle informazioni di cui al terzo comma della normativa in commento.

I commi 4 e 5 della disciplina in esame, regolano i cataloghi elettronici in presenza di un accordo quadro concluso con più operatori economici dopo la presentazione delle offerte, stabilendo, in particolare, che, in questi casi, le stazioni appaltanti: “possono prevedere che la riapertura del confronto competitivo per i contratti specifici avvenga sulla base di cataloghi aggiornati”. L’obiettivo, insito anche nel 68° considerando della direttiva citata, è quello di garantire la tracciabilità, la parità di trattamento e la prevedibilità, in modo da elaborare offerte per acquisti specifici, garantendo così all’amministrazione il miglior risultato in esito alla procedura ad evidenza pubblica.⁽⁵⁶⁾

Il sesto ed ultimo comma dell’articolo in commento introduce, infine, una modalità specifica di sistema dinamico di acquisizione prevedendo che le stazioni appaltanti o enti concedenti aggiudichino appalti strutturati sulla base di tale modello “sotto forma di catalogo elettronico”. In altre parole, l’aggiudicazione dell’appalto deve avvenire sulla base di offerte presentate al momento della domanda di partecipazione al sistema che, parimenti, deve contenere lo specifico catalogo elettronico.

5. La sostanziale invarianza della disciplina codicistica in materia di digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici e di aste elettroniche e cataloghi elettronici.

Il codice dei contratti pubblici al primo comma dell’art. 30, con una disposizione di principio non scevra da un approccio ottimistico, ha affermato che: “per migliorare l’effi-

53 Analogamente B. MARCHETTI, *op. cit.*, 93, la quale osserva che la norma individuarne la funzione: assicurare il catalogo elettronico ossia che le offerte degli operatori economici rispondano ad uno schema comune e contengono in formato elettronico tutte le informazioni necessarie per una loro valutazione automatica da parte della stazione appaltante.

54 C. CONTESSA, P. DEL VECCHIO (a cura di), *op. cit.*, 305.

55 Così ancora C. CONTESSA, P. DEL VECCHIO (a cura di), *op. cit.*, 306.

56 Per più ampie ed articolate considerazioni in merito si veda R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni dopo la legge sblocca cantieri*, Bologna-Roma, Zanichelli, 2020, 1069 ss..

cienza le stazioni appaltanti e gli enti concedenti provvedono, ove possibile, ad automatizzare le proprie attività ricorrendo a soluzioni tecnologiche, ivi incluse l'intelligenza artificiale e le tecnologie di registri distribuiti, nel rispetto delle specifiche disposizioni in materia”.

Si tratta di una previsione programmatica e di scenario alla quale devono tuttavia seguire adeguate misure applicative sul piano regolativo, organizzativo, finanziario per garantirne la progressiva implementazione che risulta essenziale per approdare una una compiuta dimensione digitale del ciclo di vita dei contratti pubblici

Per quanto concerne aste elettroniche e cataloghi elettronici dalla disamina del testo degli artt. 33 e 34 del codice dei contratti pubblici del 2023, tuttavia, si evince agevolmente che il contenuto normativo delle previsioni richiamate sia rimasto sostanzialmente lo stesso degli artt. 56 e 57 del precedente codice del 2016⁽⁵⁷⁾.

Le uniche differenze risiedono, in termini generali, nell'estensione dell'ambito soggettivo di applicazione anche alle amministrazioni concedenti, in linea con l'impianto generale del codice e dell'apposito libro dedicato alle concessioni (libro IV “del partenariato pubblico-privato e delle concessioni”).

Con riguardo alle aste elettroniche, l'unica specifica previsione che introduce una sostanziale modificazione ed integrazione della previgente disciplina, si rinviene al quarto comma della stessa disposizione, che individua direttamente gli elementi che deve contenere la documentazione di gara riferita alle aste elettroniche relative agli appalti nei settori ordinari e speciali, in tal guisa determinando l'assorbimento nel contesto dell'articolo, del contenuto dell'allegato XII del d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50⁽⁵⁸⁾ e s.m.i.

La ratio di tale invarianza della disposizione rispetto all'art. 56 del previgente codice è esplicitata nel testo della relazione elaborata dal Consiglio di Stato⁽⁵⁹⁾, dalla quale si evince che la disposizione è la trasposizione fedele dell'art. 35 della direttiva UE 26 febbraio 2014, n. 24, “per cui se ne conserva il testo”.

Anche con riguardo alla disposizione relativa ai cataloghi elettronici, il Consiglio di Stato ha avuto modo di precisare che la scelta di invarianza normativa si giustifica nella circostanza che la disposizione costituisce: “la trasposizione fedele dell'art. 36 della direttiva UE 26 febbraio 2014, n. 24 per cui se ne conserva il testo previsto dall'art. 57 del d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, fatta eccezione per qualche piccola modifica,

57 Cfr. in merito anche M. CORRADINO (a cura di), *La riforma dei contratti pubblici*, cit., 16 e ss. e R. VILLATA, M. RAMAJOLI (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, cit., Pisa, Pacini, 2024, 164 e ss.

Sull'ordinamento del codice previgente si vedano le puntuali considerazioni di G. M. RACCA, *La modellazione digitale per l'integrità, l'efficienza e l'innovazione dei contratti pubblici*, in *Istituzioni del federalismo*, 3/2019, 739 ss., nonché ID., *La digitalizzazione dei contratti pubblici: adeguatezza delle pubbliche amministrazione e qualificazione delle imprese*, in R. CAVALLI PERIN, D. U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'Amministrazione pubblica digitale*, Torino, Giappichelli, 2020, 321 ss., nonché ID., *La digitalizzazione necessaria dei contratti pubblici*, in *DPCE online*, 2020, 4677 ss..

58 Alla stregua del quale, giova ricordarlo, i documenti di gara debbono ricomprendere alcuni elementi minimi ed in particolare:

- a) quelli i cui valori sono posti ad oggetto dell'asta elettronica, purché tali elementi siano quantificabili in modo da essere espressi in cifre o in percentuali;
- b) i limiti eventuali dei valori che potranno essere presentati, come risultanti dal capitolato d'oneri relativo all'oggetto dell'appalto;
- c) le informazioni che gli offerenti metteranno a disposizione nel corso dell'asta elettronica e, se del caso, il momento in cui saranno messe a loro disposizione;
- d) le informazioni concernenti lo svolgimento dell'asta elettronica;
- e) le condizioni sulla scorta delle quali gli offerenti potranno prenotare i rispettivi rilanci, in particolare gli scarti minimi eventualmente richiesti per il rilancio;
- f) le informazioni riguardanti il dispositivo elettronico utilizzato e le modalità e specifiche tecniche di collegamento.

59 Cfr. Consiglio di Stato, *Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante “Delega al Governo in materia di contratti pubblici” - III Relazione agli articoli e agli allegati*, Roma, 7 dicembre 2022, 51, consultabile in *giustizia-amministrativa.it*.

dovuta all'abrogazione dell'art. 52 del medesimo decreto legislativo⁽⁶⁰⁾.

Appare quindi evidente, come anticipato, che la disciplina sia rimasta sostanzialmente identica a quella prevista dal precedente codice del 2016, salvo l'eliminazione della disposizione che lasciava alle stazioni appaltanti la possibilità di richiedere agli operatori economici di inviare le offerte sotto forma di cataloghi elettronici nel caso in cui fosse richiesto l'uso di mezzi di comunicazione elettronici, rendendo obbligatorio l'utilizzo delle piattaforme telematiche.

Si tratta, in altre parole, di modificazioni ed integrazioni, assai circoscritte, che si è ritenuto opportuno comunque evidenziare in un contesto normativo sintetico ma fortemente innovativo, che attende ancora una piena e diffusa applicazione nel contesto delle amministrazioni pubbliche e delle stazioni appaltanti nel nostro ordinamento.

Quanto sin qui osservato sulle aste elettroniche e sui cataloghi elettronici e la progressiva evoluzione della loro disciplina, da ultimo definita dal codice dei contratti pubblici nel 2023, delinea non solo la struttura di un modello che da sperimentale è divenuto strutturale, ma soprattutto consente di considerare ormai avviata la nuova fase delle procedure ad evidenza pubblica nel più ampio contesto della digitalizzazione della pubblica amministrazione.

Coglie quindi nel segno l'osservazione secondo la quale un'indubbia centralità nel contesto della digitalizzazione riveste il settore dei contratti pubblici, il quale se già dal 2016 è interessato da norme specifiche, soltanto con il Codice dei contratti pubblici del 2023 consegue un quadro normativo completo, finalizzato a trasformare in digitale ed a rendere interoperabili tutte le attività riguardanti il ciclo di vita del contratto⁽⁶¹⁾, ed a declinare, in tal guisa, il principio di buon andamento della pubblica amministrazione sancito dall'art. 97 Cost., ma anche quello di risultato, introdotto in materia con l'art. del codice⁽⁶²⁾.

L'inveramento dei principi e delle previsioni sulla digitalizzazione dei contratti pubblici, la cui efficacia, come è noto, era stata differita al 1° gennaio 2024 dalla ricordata disposizione del codice dei contratti (art. 225), segnano il deciso passo verso la modernizzazione dell'amministrazione pubblica italiana e che adesso è entrata, quindi, nel pieno dell'applicazione del codice e dei suoi principi, come peraltro evidenziato dall'ANAC nella delibera citata in premessa.

Si è già precisato, infatti, che per quanto concerne la richiamata digitalizzazione, il legislatore delegato del 2023 ha dettato una peculiare disciplina transitoria rispetto a quella generale che, come noto, ha distinto la data di entrata in vigore del Codice (1° aprile 2023) da quella di acquisizione di efficacia delle relative previsioni (1° luglio 2023), in guisa da graduarne l'implementazione, pur rispettando i termini declinati dal Piano nazionale di ripresa e resilienza⁽⁶³⁾.

Da ultimo va richiamato quanto precisato in apertura di queste considerazioni, ossia che nello schema di decreto legislativo recante "Disposizioni integrative e correttive al

60 Così ancora Consiglio di Stato, *Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici" - III Relazione agli articoli e agli allegati*, op. e loco cit.

61 Così A. CORRADO, *I nuovi contratti pubblici, intelligenza artificiale e blockchain: le sfide del prossimo futuro*, in *www.federalismi.it*, 19/2023, 128 e ss..

62 Con riguardo a tali esiti si veda M. MACCHIA, *La capacità trasformativa della digitalizzazione dei contratti pubblici*, in B. G. MATTARELLA, B. MARCHETTI, op. cit., 17 e ss..

63 Il PNRR, attraverso la riforma "*Recovery Procurement Platform*" (e in particolare la *milestone* M1C175), ha individuato quale obiettivo primario la digitalizzazione degli appalti pubblici, finalizzata alla modernizzazione del sistema, mediante la sua digitalizzazione ed il rafforzamento della capacità delle stazioni appaltanti, da attuare entro il secondo quadrimestre del 2026, con l'obiettivo di trasformare il sistema di public procurement nazionale incrementando la qualità e l'innovazione dei servizi offerti ad amministrazioni e imprese.

A tale riguardo vengono individuate tre azioni: formazione e supporto delle amministrazioni; definizione di strumenti di acquisto avanzati da mettere a disposizione delle amministrazioni, quali ad esempio accordi o contratti quadro; evoluzione del sistema di e-procurement attraverso la digitalizzazione *end-to-end* dei processi di approvvigionamento.

Decreto Legislativo 31 marzo 2023, n. 36”, approvato il 21 ottobre 2024 dal Consiglio dei Ministri, non si rinvergono modifiche alle norme esaminate, pur di fronte ad un articolato intervento di modifica ed integrazione del codice approvato nel 2023⁽⁶⁴⁾ e che parimenti nessun mutamento in merito prospetta lo schema di decreto legislativo c.d. correttivo.

Ciò se conferma l’indubbia resilienza della disciplina su aste e cataloghi elettronici, evidenza, tuttavia, la limitata attenzione ad un’esigenza di progressivo adeguamento normativo imposto dalla diffusione del sistema di gestione delle procedure ad evidenza pubblica nella prospettiva del pieno inveramento dell’ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale alla stregua nel quale le fasi di programmazione, progettazione, pubblicazione, affidamento ed esecuzione di appalti e concessioni vengono gestite dalle stazioni appaltanti mediante piattaforme di approvvigionamento digitale certificate, delle quali gli enti pubblici devono avvalersi per la redazione o acquisizione degli atti relativi alle varie procedure di gara; trasmissione dei dati e documenti alla Banca Dati ANAC; l’accesso alla documentazione di gara; la presentazione del Documento di gara unico europeo; la presentazione delle offerte; l’apertura, gestione e conservazione del fascicolo di gara; il controllo tecnico, contabile e amministrativo dei contratti in fase di esecuzione e la gestione delle garanzie⁽⁶⁵⁾.

Queste brevi considerazioni hanno cercato di illustrare la configurazione offerta dall’ordinamento alla disciplina, al contempo innovativa e resiliente, delle aste pubbliche e dei cataloghi elettronici, nel contesto dell’ampia e rilevante trasformazione digitale del ciclo di vita dei contratti pubblici. Una trasformazione che si colloca nel solco della transizione digitale delineata dalle anticipatrici e sempre attuali considerazioni conclusive del primo studio monografico di informatica giuridica di un Maestro, come Vittorio Frosini, alla stregua delle quali il diritto dell’età cibernetica, se induce all’evoluzione della coscienza umana secondo nuove strutture dell’agire e del conoscere, appartiene tuttavia: “alla natura e alla storia dell’uomo”, di cui allarga l’orizzonte, “l’uomo, che avanza nell’età nuova, sia che rivolga la sua capacità conoscitiva e operativa ad una nuova materia, sia che tratti la stessa materia di prima in una maniera diversa, è sempre egli stesso, che vive in un mondo diverso, e che diventa diverso in un mondo, che resta lo stesso il mondo dell’uom”⁽⁶⁶⁾.

64 Anche se va osservato che, la proposta prevede modifiche di altre previsioni sulla digitalizzazione dei contratti pubblici, volte a favorire, ad accelerare ed a semplificare l’alimentazione del fascicolo virtuale dell’operatore economico; meglio precisare le previsioni sulla certificazione delle piattaforme (pubbliche o private) che consentono alle stazioni appaltanti di collegarsi alla Banca dati nazionale gestita da ANAC; stabilire la distinzione dei compiti tra il RUP ed il personale in servizio presso le stazioni appaltanti ai fini del caricamento dei dati sulla *Banca dati nazionale dei contratti pubblici*; accelerare e semplificare il funzionamento del casellario informatico; modificare le previsioni sull’utilizzo di metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni (*BIM-Building Information Modeling*), innalzando, con decorrenza dal 10 gennaio 2025 la soglia relativa all’obbligatorietà del ricorso al sistema da 1 a 2 milioni €, provvedendo inoltre ad una complessiva razionalizzazione dei requisiti tecnici per la redazione in modalità digitale dei documenti di programmazione, progettazione ed esecuzione dell’opera.

65 Tali profonde modifiche procedurali consentono di digitalizzare integralmente processo di acquisto (*end-to-end*) con l’integrazione tra le piattaforme e servizi digitali infrastrutturali (*Banca Dati e servizi per l’interoperabilità*) di ANAC, quelle di *e-procurement* “certificate” utilizzate dalle stazioni appaltanti e quelle di interoperabilità, scambio e riuso di informazioni, consentendo alle amministrazioni pubbliche di rafforzare gli elementi di trasparenza e semplificazione nelle procedure di acquisizione di beni e servizi, utilizzando dati nativi digitali (e conseguendo così la smaterializzazione documentale), maggiore sicurezza (attraverso la diffusione delle identità digitali), miglioramento dell’efficienza dell’azione amministrativa (con il ricorso a soluzioni tecnologiche innovative) Cfr. ANAC, *Scatta la digitalizzazione degli appalti: più trasparenza, meno burocrazia*, www.anticorruzione.it, 2 gennaio 2024.

Va ricordato che con due diversi provvedimenti del 28 giugno 2024, il Presidente ANAC ha fornito istruzioni in merito alla proroga fino al 31 dicembre 2024: di alcune disposizioni derogatorie previste con la Delibera n. 582 del 12 dicembre 2023 e con il Comunicato del Presidente del 10 gennaio 2024 (v. Comunicato del Presidente ANAC del 28 giugno 2024, in tema di utilizzo della PCP, *Piattaforma dei Contratti Pubblici*); delle indicazioni fornite con la Delibera n. 606/2023 del 19 dicembre 2023 e con il Comunicato del 31 gennaio 2024 (v. Comunicato del Presidente ANAC del 28 giugno 2024, in tema di verifiche delle garanzie fideiussorie utilizzate per la partecipazione alle procedure di evidenza pubblica).

66 Il riferimento è a V. FROSINI, *Cibernetica, diritto, e società*, Milano, 1968, nell’edizione ripubblicata nel 2023, con la prefazione di G. SARTOR, RomaTre-PRESS, Roma, 2023, 125.