

CERIDAP

RIVISTA INTERDISCIPLINARE SUL
DIRITTO DELLE AMMINISTRAZIONI
PUBBLICHE

Estratto

Fascicolo Speciale n. 1 (2022)

Public Administration facing the
challenges of digitalisation

Il processo di digitalizzazione delle gare d'appalto: dal DM n. 148/2021 al Codice dei Contratti Pubblici 2023

Elio Guarnaccia

DOI: 10.13130/2723-9195/2022-4-47

Il presente contributo ha l'obiettivo di ripercorrere il processo di digitalizzazione degli appalti pubblici, partendo dalle previsioni contenute nel Codice dei Contratti di cui al d.lgs. n. 50/2016 fino al Decreto digitalizzazione appalti di cui al D.M. 12 agosto 2021 n. 148, adottato con oltre 4 anni di ritardo rispetto alle previsioni, attraversando l'amplissima produzione giurisprudenziale in materia di gare d'appalto telematiche. Il decreto, infatti, si innesta in uno scenario in cui la giurisprudenza ha ampiamente affrontato le tematiche relative alla digitalizzazione delle gare, provando a far propria questa massiccia stratificazione giurisprudenziale, non senza contraddizioni e importanti novità.

The digitalization of tendering procedures: from Public Procurement Code to Public Procurement digitalization decree

The present study aims to retrace the digitalization process of the public procurement starting from the provisions of the legislative decree n. 50/2016 to Public Procurement digitalization decree n. 148/2021, embraced with over four years delay compared with the provisions. For this purpose, we face the extremely wide jurisprudential production in matter of telematic tendering procedures. Namely, the decree is inserted in a context in which the jurisprudence has extensively addressed the issues related to the digitalization of the tendering procedures, attempting to make this heavy jurisprudential stratification, not devoid of inconsistencies and relevant developments.

1. Le previsioni del codice dei contratti e del Codice dell'Amministrazione Digitale. Inquadramento generale.

L'uso degli strumenti informatici, previsti dal Codice dell'Amministrazione Digitale di cui al d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, anche nello svolgimento delle procedure di gara, è ormai dato acquisito: dal 18 ottobre 2018 è entrato in vigore l'obbligo, previsto dall'art. 40 del Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50 del 2016, di effettuare tutte le comunicazioni e gli scambi di informazioni nelle procedure di gara in modalità elettronica.

Tale obbligo, imposto dall'art. 22 della direttiva 2014/24/EU, rappresenta solo l'ultimo atto di un processo di digitalizzazione che ha già investito sotto diversi aspetti il settore. Si pensi in particolare ai mercati elettronici della P.A., primo fra tutti in Italia il MePA, il cui utilizzo è obbligatorio per tutti gli acquisti di beni e servizi di valore compreso tra 5.000 e 40.000 euro.

Quanto all'obbligo di comunicazione ex art. 40, d.lgs. n. 50 del 2016, esso deve essere declinato sullo sfondo dell'articolo 52 comma 5 del medesimo Codice Contratti, secondo cui *«in tutte le comunicazioni, le stazioni appaltanti devono garantire l'integrità dei dati, nonché la riservatezza delle domande di partecipazione e delle offerte, che devono conseguentemente essere esaminate soltanto dopo la scadenza del termine stabilito per la loro presentazione»*.

Il rimando al CAD, ed agli strumenti informatici da esso previsti, è dunque d'obbligo: si pensi, in particolare, alle caratteristiche di integrità e riservatezza di cui può essere dotato un documento informatico se, rispettivamente, sottoscritto con firma digitale e trasmesso con PEC, anche mediante sistemi di tracciamento del momento di apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa, l'offerta tecnica nonché quella economica. Ed infatti, la giurisprudenza ha chiarito che la previsione dell'invio delle domande di partecipazione alla pubblica gara esclusivamente in forma telematica, in formato PDF con firma digitale, e tramite PEC, esclude la possibilità di manipolare il contenuto delle offerte, una volta pervenute alla stazione appaltante, senza lasciare tracce informatiche^[1].

L'importanza attribuita alla digitalizzazione delle procedure di gara ha fatto sì che specifici compiti in materia di digitalizzazione degli appalti pubblici spettassero anche al Responsabile per la Transizione Digitale della P.A., che ai sensi dell'art.

17 del CAD si occupa della pianificazione e coordinamento degli acquisti di soluzioni e sistemi informatici nonché del coordinamento strategico dello sviluppo dei sistemi informativi, di telecomunicazione e fonia, in modo da assicurare anche la coerenza con gli standard tecnici e organizzativi comuni.

2. Le piattaforme telematiche di negoziazione ex art. 58 del Codice dei Contratti Pubblici.

Nei mesi successivi all'entrata in vigore dell'obbligo di comunicazione ex art. 40 del Codice dei Contratti, stazioni appaltanti e centrali di committenza hanno fatto massiccio ricorso alle procedure telematiche di negoziazione di cui all'art. 58 del Codice Contratti.

Si tratta della possibilità per le stazioni appaltanti di svolgere le procedure di scelta del contraente previste dal Codice Contratti (siano esse aperte, ristrette o negoziate, da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa) mediante specifici sistemi telematici, piattaforme digitali di e-procurement. Il tutto, secondo l'art. 58 d.lgs. 50/2016, nel rispetto delle garanzie di integrità e riservatezza di cui al sopradetto art. 52, nonché «*ai sensi della normativa vigente in materia di documento informatico e di firma digitale*» contenuta nel CAD».

Per tali ragioni, si ritiene che l'uso di piattaforme telematiche conformi al dettato dell'art. 58 Codice contratti, soddisfi il rispetto degli obblighi di comunicazione informatica di cui all'articolo 40 del medesimo decreto legislativo.

Ciò, tuttavia, non significa che tali piattaforme telematiche siano condizione necessaria per il rispetto di tale obbligo, cosa che renderebbe indirettamente obbligatorio il ricorso ad esse. Le stazioni appaltanti, infatti, possono non ricorrere alle suddette piattaforme telematiche, purché prevedano l'utilizzo degli strumenti informatici previsti dal CAD più idonei alla trasmissione e ricezione della documentazione di gara. Si pensi in particolare al documento informatico per la predisposizione della domanda di partecipazione in forma elettronica o per il DGUE, alla firma digitale per la sottoscrizione di tali documenti, alla PEC per la loro trasmissione nei termini previsti, nonché per l'assolvimento delle richieste di soccorso istruttorio, e più in generale per le comunicazioni con il RUP in corso di gara.

Rimangono salve, come ovvio, le ipotesi in cui le piattaforme telematiche sono obbligatorie per legge, come il caso previsto dall'art. 1 comma 450 della l. n. 296/2006, secondo cui per gli acquisti di beni e servizi d'importo pari o superiore a 5.000 euro e inferiore alla soglia di rilievo comunitario, tutte le pubbliche amministrazioni sono tenute a fare ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione^[2].

3. Il Decreto Ministeriale n. 148/2021 sulla digitalizzazione degli appalti pubblici.

La digitalizzazione delle procedure di gara d'appalto trova l'ultima novità normativa nel Decreto Ministeriale n. 148/2021, recante «*Digitalizzazione delle procedure dei contratti pubblici*», che prova a mettere ordine alla recente massiccia stratificazione giurisprudenziale sul punto.

L'adozione del regolamento in questione era prevista all'art. 44 del Codice dei Contratti, secondo cui «*entro un anno dalla data di entrata in vigore del presente codice, con decreto del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione sono definite: le modalità di digitalizzazione delle procedure di tutti i contratti pubblici, le migliori pratiche riguardanti metodologie organizzative e di lavoro, metodologie di programmazione e pianificazione, riferite anche all'individuazione dei dati rilevanti, alla loro raccolta, gestione ed elaborazione, soluzioni informatiche, telematiche e tecnologiche di supporto*».

La norma in questione risponde alla spinta verso la digitalizzazione, impressa dalle direttive europee 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sugli appalti pubblici come strumento di efficienza, trasparenza e semplificazione.

Si tratta di una norma generale, dalla cui attuazione deriva la digitalizzazione di tutti i procedimenti di acquisto e di tutte le loro fasi che concorrono alla realizzazione dell'intero ciclo degli acquisti.

Il nuovo regolamento, che avrebbe dovuto essere emanato entro il 2017, è stato firmato solo nell'agosto del 2021, dopo molti mesi dall'emanazione del parere della sezione consultiva atti normativi del Consiglio di Stato; è stato pubblicato in GU n. 256 del 26 ottobre 2021; è entrato in vigore il 10 novembre 2021, e si innesta in un corpus normativo già abbastanza consolidato^[3].

Tuttavia, secondo quanto previsto dall'art. 2 comma 2 dello stesso D.M., ai fini

della sua completa attuazione, dovranno essere emanate le regole tecniche, che disciplinano le modalità di digitalizzazione, descrizione dei flussi, degli schemi dei dati e degli standard europei di interoperabilità, che saranno dettate dall'Agenzia per l'Italia digitale con apposite linee guida, ai sensi dell'articolo 71 del CAD. Le amministrazioni dovranno adeguare i propri sistemi telematici entro sei mesi dall'adozione delle linee guida di cui all'articolo 2, comma 2^[4].

4. Le novità introdotte dal Decreto “digitalizzazione appalti”: la ripartizione del rischio in caso di malfunzionamenti delle piattaforme.

È dunque interessante affrontare più da vicino le novità introdotte dal regolamento digitalizzazione appalti, e confrontarle con gli orientamenti giurisprudenziali che si sono consolidati in questi anni in materia di *e-procurement*.

Le prime novità si riscontrano in materia di comunicazioni e scambi di informazioni in gara con modalità digitali, tra stazione appaltante e operatore economico.

L'art. 4 del Regolamento introduce infatti un doppio binario: le notifiche e gli avvisi che necessitano di una ricevuta di consegna, come ad esempio il soccorso istruttorio, devono avvenire a mezzo PEC, all'indirizzo risultante dai registri pubblici.

Invece, per le richieste di chiarimenti da parte degli operatori economici, il dialogo può avvenire mediante piattaforma.

La giurisprudenza fin ora intervenuta sul punto si era espressa conformemente alla nuova previsione del regolamento, precisando che *«l'inserimento della richiesta di chiarimenti all'operatore economico sulla “piattaforma informatica” dedicata alla gara non è oggettivamente sufficiente ad integrare adempimento degli oneri di comunicazione individuale a cui la stazione appaltante è tenuta ai fini dell'attivazione del soccorso istruttorio, ai sensi del comma 9 dell'art. 83 del d.lgs. n. 50/2016»*^[5].

Il tema, forse più importante, affrontato dal Regolamento è quello della tracciabilità delle operazioni compiute sulla piattaforma, anche ai fini della ripartizione della responsabilità in caso di dedotti malfunzionamenti del sistema

informatico utilizzato.

Tra gli approdi giurisprudenziali recepiti dal regolamento, vi è proprio quello relativo alla ripartizione del rischio tecnologico insito nell'uso delle piattaforme telematiche di negoziazione.

La giurisprudenza formatasi intorno alla questione della redistribuzione, tra operatore economico e stazione appaltante, del rischio tecnologico nell'uso delle piattaforme telematiche per le gare d'appalto, ha operato la distinzione tra “rischio di rete” e “rischio di sistema”: il rischio di rete è un malfunzionamento tecnologico dovuto alla presenza di sovraccarichi o di cali di efficienza della rete; il rischio di sistema è invece un malfunzionamento della piattaforma, diverso dal mero rallentamento o da altri agenti terzi, e dunque imputabile al suo gestore, e in definitiva alla stazione appaltante^[6].

Tale ripartizione deriva dal fatto che all'operatore economico è sempre richiesta una diligenza media, che gli impone una sempre migliore e più efficace programmazione delle operazioni propedeutiche alla predisposizione degli atti in formato elettronico per il loro tempestivo invio, essendo peraltro di comune conoscenza la possibile (o probabile) evenienza che i sistemi elettronici di immissione di dati “pesanti”, sotto il profilo informatico, possono generare “imbuti” e rallentamenti nell'approssimarsi della scadenza del termine.

Diversa invece è la conseguenza nel caso in cui si verifichi un malfunzionamento del sistema. In questo caso, la giurisprudenza ha chiarito che non può essere escluso dalla gara un concorrente che abbia curato il caricamento della documentazione di gara sulla piattaforma telematica entro l'orario fissato per tale operazione, ma non è riuscito a finalizzare l'invio a causa di un malfunzionamento del sistema, imputabile al gestore.

Da tale distinzione, dunque, derivano conseguenze assai rilevanti, dal momento che la giurisprudenza ha tendenzialmente riconosciuto, in applicazione del principio di auto responsabilità, che il rischio di rete debba essere sopportato dall'operatore economico, e che solo in caso di malfunzionamento della piattaforma imputabile al gestore, la responsabilità di tale malfunzionamento ricada in capo alla stazione appaltante.

A fronte delle superiori considerazioni però, assume rilevanza primaria il tema della prova. In particolare, nell'ambito di un giudizio, su chi grava l'onere di provare?

E ancora, come dimostrare che il malfunzionamento riguarda il sistema e che non è invece riconducibile ad un rischio di rete, o viceversa?

Innanzitutto, bisogna precisare che, nei casi di trasmissione della documentazione mediante piattaforma informatica, qualora sussista l'impossibilità di stabilire con certezza se vi sia stato un errore da parte del trasmittente o si siano verificati malfunzionamenti del sistema, l'onere della prova ricade sull'ente che gestisce la gara, sul quale grava dunque la verifica di quanto accaduto mediante i file di *log*, ossia i *report* tecnici ricostruenti le interazioni tra utente e sistema informatico, al fine di accertare il verificarsi eventuale di malfunzionamenti del sistema.

La giurisprudenza, quindi, ritiene espressamente che l'onere della prova sia assolto mediante il deposito dei file di *log* del sistema informatico, relativi al periodo di interesse. Tali file di *log*, accompagnati da apposita verifica, consentono di ricostruire tutti i passaggi della procedura di caricamento, validazione e inoltro dell'offerta.

Il nuovo Regolamento sulla digitalizzazione degli appalti pubblici sembra avere recepito la rilevanza dei file di *log* nell'ambito delle procedure di negoziazione gestite in modalità telematica, e infatti l'art. 6, comma 1, del D.M. 148/2021, precisa che *«il sistema telematico integra apposite funzionalità di registrazione cronologica (log applicativi e di sistema) delle operazioni eseguite, nonché dei cambiamenti che le operazioni introducono sulla base di dati, per finalità di controllo anche automatico degli accessi degli utenti e di verifica delle operazioni effettuate»*.

E ancora, il successivo comma, *«il sistema telematico prevede la creazione di registri che riportano, per ciascuna operazione eseguita, i parametri utili alla ricerca, quali la tipologia dell'operazione, il soggetto che l'ha effettuata e la data e l'ora di esecuzione»*.

D'altro canto, la giurisprudenza amministrativa aveva già riconosciuto che *«il file registro che riporta tutte le azioni e gli accessi alla procedura di gara telematica, si configura come un atto pubblico, munito della forza probatoria attribuita dall'art. 2700 cod. civ.»*^[7], e quindi, al pari di un verbale di gara o di concorso, fa piena prova fino a querela di falso.

Peraltro, tali file di *log* sono facilmente accessibili, in quanto conservati all'interno del fascicolo informatico di gara, secondo quanto previsto dal Regolamento all'art. 7.

In definitiva, il nuovo regolamento colloca il registro di *log* come strumento chiave per individuare le responsabilità nei casi di malfunzionamento delle piattaforme, con l'evidente vantaggio, almeno teorico, di una riduzione del contenzioso giurisdizionale da malfunzionamento del sistema informatico, in quanto l'accesso ai *log* dovrebbe dare certezza sulle condotte e relativa imputazione, e limitare le fattispecie ambigue, che invece inevitabilmente andranno affidate al giudice.

Pertanto, un tema di enorme importanza, ad oggi tutto da approfondire, sarà quello della "intelligibilità" del registro di *log*, considerato che, per la lettura di esso, fino ad oggi si è rivelata spesso necessaria l'attività di un consulente informatico.

È auspicabile che Agid, impegnata nella scrittura delle regole tecniche relative al nuovo decreto, tenga presente questa prescrizione normativa, nonché le sue implicazioni indirette, e valuti l'opportunità di dettare prescrizioni tecniche per le *software house* produttrici di piattaforme telematiche, che mirino a semplificare linguaggio ed interfaccia del registro di *log*, così da poter fungere effettivamente da amplificatore di imparzialità dell'azione amministrativa delle stazioni appaltanti.

5. Nuove funzioni di comunicazione e controllo per le piattaforme di negoziazione.

Il decreto digitalizzazione ha inoltre introdotto e regolamentato ulteriori strumenti, che potrebbero definirsi "accessori" rispetto allo svolgimento della gara vera e propria, e che riguardano le fasi della elaborazione e pubblicazione del bando nonché la fase dell'accesso agli atti.

Ai sensi dell'art. 8 del regolamento, infatti, gli operatori economici possono presentare, tramite il sistema telematico istanze di accesso agli atti di gara e, di contro, l'amministrazione può mettere a disposizione gli atti richiesti tramite la piattaforma, ove ne ricorrano i presupposti e i requisiti ai sensi della normativa vigente.

Ancora, agli artt. 14 e 15 si prevede che il sistema telematico, anche tramite la interconnessione con le apposite piattaforme del Ministero delle infrastrutture e dell'ANAC, consenta alla stazione appaltante di assolvere agli obblighi di

pubblicazione dei bandi di gara e degli avvisi previsti dal codice, garantendo la gestione automatizzata delle relative notifiche, e che l'operatore economico possa compilare e presentare l'offerta mediante interfaccia web, oppure tramite applicativi di acquisizione dei documenti strutturati secondo le regole tecniche Agid.

Con riferimento alla fase di presentazione dell'offerta è previsto che la piattaforma telematica effettui un controllo formale preliminare relativo all'avvenuta compilazione di tutti i moduli e al caricamento di tutta la documentazione richiesta, comunicando all'operatore economico le eventuali mancanze o difformità riscontrate.

6. Le sedute di gara telematiche.

Se con riferimento agli aspetti fin ora analizzati il regolamento si è posto in linea con la giurisprudenza prevalente e consolidata, per altri aspetti di seguito analizzati, il regolamento sembra essersi distaccato dagli orientamenti giurisprudenziali prevalenti, per tornare ad affermare la necessità di rispettare delle regole formali, che la giurisprudenza aveva ritenuto “superate” con l'avvento della tecnologia.

Si tratta in particolare delle previsioni del Regolamento in materia di sedute di gara, che si pongono in controtendenza rispetto a quanto fin ora statuito da giurisprudenza unanime.

I Tribunali amministrativi e il Consiglio di Stato, infatti, nel lavoro interpretativo in materia di gare telematiche, ha spesso fatto prevalere la sostanza sulla forma, allontanando l'idea che le regole procedurali utilizzate nelle gare analogiche dovessero necessariamente essere pedissequamente riprodotte nell'ambito delle gare telematiche, laddove lo strumento informatico avesse consentito di derogarvi in ragione delle sue peculiarità^[8].

È proprio il caso della pubblicità delle sedute di gara telematica, a proposito delle quali la giurisprudenza ha fornito una interessante interpretazione del principio di trasparenza delle procedure di gara, di cui all'art. 30 del codice dei contratti.

Il Consiglio di Stato ha chiarito che nel caso in cui la procedura di gara si svolga in modalità telematica, viene meno l'obbligo per la stazione appaltante di procedere all'apertura delle buste relative alle offerte tecniche e alle offerte economiche in

seduta pubblica.

Invero, tradizionalmente il principio di pubblicità delle operazioni di gara costituisce un inderogabile momento qualificante delle procedure di evidenza pubblica, anche in ragione dei rapporti di immediato e diretto collegamento con le esigenze di tutela della concorrenza e di corretto funzionamento del mercato.

Secondo la costante e pacifica interpretazione giurisprudenziale del principio di trasparenza e di pubblicità, infatti, l'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche ed economiche in seduta pubblica rappresenta da sempre requisito indefettibile per la validità dell'intera procedura di gara. La pubblicità delle sedute, infatti, è preordinata ad assicurare una ricognizione trasparente dell'integrità del plico e del relativo contenuto documentale, al fine di garantire i concorrenti dal pericolo di manipolazioni successive delle offerte proprie e di quelle altrui.

Orbene, secondo il Collegio, tale pericolo di manipolazioni successive non è ravvisabile quando la procedura di gara si svolge telematicamente. La modalità telematica, infatti, *«consente di tracciare in maniera incontrovertibile i flussi di dati tra i singoli operatori partecipanti, garantendo un'immediata e diretta verifica della data di confezionamento dei documenti trasmessi, della loro acquisizione e di ogni eventuale tentativo di modifica. Ed è proprio in ragione di ciò che non sarebbe comunque, e a rigore, nemmeno necessaria una seduta pubblica per l'apertura delle offerte tecniche (lo stesso vale per le offerte economiche), in quanto la gestione telematica offre il vantaggio di una maggiore sicurezza quanto alla conservazione dell'integrità degli atti»*^[9].

Ne discende pertanto che, nelle gare telematiche, l'assenza della seduta pubblica per l'apertura delle offerte tecniche e/o economiche non comporta più l'invalidazione dell'intera procedura di gara, né la non valutabilità delle offerte^[10].

Anche il TAR Napoli si è pronunciato sul caso dell'apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica in seduta riservata, nell'ambito di una gara telematica^[11].

Il Collegio partenopeo, allineandosi all'orientamento giurisprudenziale ormai consolidato, ha chiarito che, nell'ambito di una gara telematica, l'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche in seduta riservata, anziché pubblica, costituisce una mera irregolarità che non ha efficacia invalidante del procedimento^[12].

Secondo il TAR infatti, *«la garanzia di conservazione dell'integrità degli atti (files contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta) è insita, a monte, nelle stesse modalità telematiche di svolgimento che neppure richiederebbero, a rigore, una seduta "pubblica" per l'apertura delle offerte, già assicurata dalle dette peculiarità di svolgimento, che 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»*.

In sostanza, i giudici concludono nel senso della non necessità della seduta pubblica nelle gare telematiche, essendo venuta meno l'esigenza di garantire la trasparenza e la tracciabilità delle fasi di gara legate all'apertura, lettura e conservazione delle offerte, non essendo più possibili le alterazioni e le manomissioni delle buste cartacee.

Anche l'ANAC in un recentissimo parere ha chiarito *«la modalità telematica di svolgimento della gara, con caricamento della documentazione su piattaforma informatica messa a disposizione dei concorrenti, consente di tracciare in maniera incontrovertibile i flussi di dati tra i singoli operatori partecipanti, garantendo un'immediata e diretta verifica della data di confezionamento dei documenti trasmessi, della loro acquisizione e di ogni eventuale tentativo di modifica. Si tratta di una modalità idonea a garantire la trasparenza, anche in assenza di seduta pubblica. Il principio di pubblicità delle sedute deve essere infatti rapportato non ai canoni storici che hanno guidato l'applicazione dello stesso, quanto piuttosto alle peculiarità e specificità che l'evoluzione tecnologica ha consentito di mettere a disposizione delle procedure di gara telematiche, in ragione del fatto che la piattaforma elettronica che ha supportato le varie fasi di gara assicura l'intangibilità del contenuto delle offerte»*^[13].

Ora, se la giurisprudenza continua ad "autorizzare" le stazioni appaltanti a procedere sempre in seduta riservata almeno nelle gare telematiche, tale orientamento sembrerebbe non essere stato recepito nel D.M. sulla digitalizzazione appalti pubblici n. 148/2021, che prevede espressamente le sedute pubbliche, disciplinandone il funzionamento.

E ciò, evidentemente, al fine di recepire le indicazioni del Parere del Consiglio di Stato n. 1940 del 26 novembre 2020, espresso dalla Sezione consultiva per gli atti normativi sull'allora bozza di decreto: il parere, infatti, metteva in guardia sulle norme preesistenti, che considerano imprescindibile la pubblicità delle sedute in

specifici momenti della procedura di gara.

Ad esempio, nel regolamento è espressamente previsto che la piattaforma debba consentire «*la gestione telematica delle sedute collegiali*», verificando, ove necessario, «*l'accesso dei suoi componenti al sistema telematico e il loro collegamento nel corso dell'intera seduta*» (art. 17), nonché «*l'accesso degli operatori economici a tali sedute*» (art. 18).

Ancor più rilevante, infine, il comma 3 del suddetto art. 17, laddove per la prima volta è previsto espressamente che il sistema telematico debba “registrare” le sedute della commissione giudicatrice, «*anche garantendo la segretezza della registrazione delle sedute non pubbliche*».

Ed invero, la sicurezza e l'affidabilità delle piattaforme telematiche di negoziazione, già riconosciuto dalla giurisprudenza, è stato recepito dal Regolamento oggi in esame come requisito necessario dei sistemi informatici utilizzati per le gare.

Così all'art. 9 è stato previsto che il sistema telematico assicuri agli operatori economici la disponibilità dei loro dati e documenti, la cui integrità e segretezza (art. 52 d.lgs. n. 50/2016) è garantita anche attraverso (a) l'uso di idonee tecniche di crittografia e offuscamento, (b) mantenendo anche la tracciabilità degli accessi secondo quanto previsto dall'articolo 6 (registro di log) e (c) garantendo la terzietà del gestore del sistema telematico anche mediante l'impiego di tecnologie basate su registri distribuiti, come definite dall'articolo 8-ter, comma 1, del d.l. n. 135/2018, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 12/2019.

7. Valutazione delle offerte e intelligenza artificiale.

Infine, particolarmente rilevanti in termini di innovazione sono le disposizioni del Regolamento in materia di valutazione delle offerte.

Il legislatore, infatti ha previsto che per le procedure di affidamento aggiudicate con il criterio del prezzo più basso la commissione giudicatrice utilizza il sistema telematico per l'elencazione delle offerte economiche in ordine di ribasso d'asta.

E ancora che, al fine di formare la graduatoria dei concorrenti, il sistema telematico procede, per ciascun operatore economico, al calcolo totale del punteggio relativo all'offerta tecnica e di quello relativo all'offerta economica registra l'esito.

Su tale previsione, il Consiglio di Stato, in sede di parere sulla bozza di regolamento, rilevò delle criticità nella formulazione degli articoli relativi alla valutazione delle offerte tecniche ed economiche mediante l'utilizzo della piattaforma telematica, ritenendo che fosse necessaria una riscrittura integrale delle previsioni in essi contenute.

In sostanza, il Consiglio di Stato riteneva che la formulazione delle norme del decreto delegasse alla decisione automatizzata del sistema telematico le decisioni che invece dovrebbero essere frutto dell'esercizio del potere discrezionale di valutazione delle offerte, spettante alla commissione di gara.

Su questo punto, comunque, il Consiglio di Stato precisò che è necessario distinguere tra procedure a cui si applica il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso da quelle in cui si applica il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, chiarendo che *«nelle procedure di affidamento aggiudicate col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la commissione giudicatrice deve rimanere il solo organo deputato alla valutazione delle offerte tecniche ed economiche ed all'assegnazione dei relativi punteggi, potendosi demandare al sistema telematico unicamente lo svolgimento di compiti prettamente aritmetici, come ad esempio il calcolo del punteggio totale assegnato al singolo partecipante e purché rimanga sempre escluso che il sistema telematico possa sostituirsi alla commissione giudicatrice nell'esercizio del suo potere tecnico-discrezionale, con una qualche "autonomia decisionale", che deve invece essere riservato agli organi della stazione appaltante»*^[14].

Tuttavia, anche sul punto si deve dare atto che il Consiglio di Stato in sede consultiva si è espresso in maniera più rigida rispetto ad altri casi in cui gli stessi giudici avevano ritenuto nel recente passato, e cioè che *«non vi sono ragioni di principio per limitare l'utilizzo di procedure informatizzate all'attività amministrativa vincolata piuttosto che discrezionale, entrambe espressione di attività autoritativa svolta nel perseguimento del pubblico interesse. Se il ricorso agli strumenti informatici può apparire di più semplice utilizzo in relazione alla c.d. attività vincolata, nulla vieta che i medesimi fini predetti, perseguiti con il ricorso all'algoritmo informatico, possano perseguirsi anche in relazione ad attività connotata da ambiti di discrezionalità. Piuttosto, se nel caso dell'attività vincolata ben più rilevante, sia in termini quantitativi che qualitativi, potrà essere il ricorso a strumenti di automazione della raccolta e valutazione dei dati, anche l'esercizio*

di attività discrezionale, in specie tecnica, può in astratto beneficiare delle efficienze e, più in generale, dei vantaggi offerti dagli strumenti stessi. In tale contesto, premessa la generale ammissibilità di tali strumenti, assumono rilievo fondamentale due aspetti preminenti, quali elementi di minima garanzia per ogni ipotesi di utilizzo di algoritmi in sede decisoria pubblica: a) la piena conoscibilità a monte del modulo utilizzato e dei criteri applicati; b) l'imputabilità della decisione all'organo titolare del potere, il quale deve poter svolgere la necessaria verifica di logicità e legittimità della scelta e degli esiti affidati all'algoritmo»^[15].

8. La digitalizzazione degli appalti pubblici tra PNRR e Codice Contratti Pubblici 2023.

È recentissima, ossia del 20 ottobre 2022, l'approvazione dello schema preliminare del nuovo Codice dei contratti pubblici, in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante per l'appunto "Delega al Governo in materia di contratti pubblici".

Il testo in questione è stato elaborato da una Commissione del Consiglio di Stato, all'uopo nominata dalla legge delega, con l'evidente intento di dare voce all'autorità giurisdizionale che affronta quotidianamente uno dei temi che più affollano i tribunali.

Il progetto passerà adesso al vaglio del Ministero delle Infrastrutture, che dovrà licenziare il testo definitivo, in temi brevi, per consentirne l'entrata in vigore entro il 31 marzo 2023, come previsto dal cronoprogramma del PNRR.

Nel progetto di Codice, la digitalizzazione assume un ruolo prioritario.

Già, a livello programmatico, laddove la parola "digitalizzazione" è inserita nella rubrica del Libro 1, dedicato ai principi.

Inoltre, ancora nel Libro 1, troviamo l'intera PARTE II dedicata alla digitalizzazione, non solo delle procedure di gara, ma dell'intero "CICLO DI VITA DEI CONTRATTI", dedicando a tale disciplina dall'art. 19 all'art. 36. Ed infatti, l'art. 21, conferma espressamente che il "ciclo di vita digitale dei contratti pubblici, di norma, si articola in programmazione, progettazione, pubblicazione, affidamento ed esecuzione".

Ed infatti, il successivo art. 22, definisce l'e-procurement come un "ecosistema

nazionale di approvvigionamento digitale", costituito da tutti gli strumenti ed i servizi digitali infrastrutturali necessari per la gestione del ciclo di vita dei contratti pubblici, tra cui in particolare le "piattaforme digitali di approvvigionamento digitale", che vengono disciplinate all'articolo 25, sulla falsa riga del Regolamento n. 148.

Due appaiono le novità più rilevanti.

Innanzitutto, viene istituito, all'art. 24, il "fascicolo virtuale dell'operatore economico", ossia una banca dati centralizzata che conterrà i dati e le informazioni necessari per la verifica dell'assenza delle cause di esclusione di cui all'articolo 80. Si vuole ottenere, in tal modo, un importante snellimento di tutte le procedure di gara, in quanto tale fascicolo sarà utilizzato, come espressamente prevede il comma 2, "in tutte le gare cui l'operatore partecipa".

Inoltre, l'art. 30 mutua una previsione regolamentare, sopra citata, tramutandola in norma di legge, dunque di rango primario, laddove prevede l'uso di procedure automatizzate nel ciclo di vita dei contratti pubblici, "ivi inclusi l'intelligenza artificiale e le tecnologie di registri distribuiti", ossia la cd. blockchain.

Così per il regolamento n. 148, anche per tali disposizioni di legge l'art. 26 attribuisce all'AgID l'arduo compito di adottare specifiche regole tecniche ex art. 71 CAD, al fine di assicurare l'interoperabilità e la conformità delle piattaforme, entro 60 giorni dalla data di entrata in vigore del codice, ossia, nel rispetto del cronoprogramma del PNR, entro e non oltre il 1° giugno 2023.

È peraltro presumibile che tali regole tecniche fungeranno anche da linee guida ex art. 2 comma 2 del regolamento n. 148 (vedi supra, par. 2), determinando così, per la prossima estate, un quadro giuridico finalmente completo ed organico in materia di digitalizzazione di appalti e contratti pubblici.

1. E. Guarnaccia, *Malfunzionamenti delle piattaforme telematiche di negoziazione*, in *Diritto di Internet*, 4, 2020.
2. E. Guarnaccia, *Malfunzionamenti delle piattaforme telematiche di negoziazione*, in *Diritto di Internet*, 4, 2020.
3. E. Guarnaccia, G. Campo, *Gare d'appalto telematiche: responsabilità, file corrotti e registri di log*, in *Diritto di Internet*, 1, 2022.
4. E. Guarnaccia, *Digitalizzazione degli appalti e questioni controverse*, in G. Cassano e F. Di Ciommo (a cura di), *Gli stati generali del diritto di internet. Atti del Convegno Roma 16-17-18 dicembre 2021*, Pacini Giuridica, 2022.

CERIDAP

5. T.A.R. Lazio, (sezione III), sentenza del 30 gennaio 2019, n. 1192.
6. In dottrina, L. Cioni, *“E-procurement”: cosa succede in caso di malfunzionamento del sistema informatico?* in *Urbanistica e appalti*, 2020, 6, pp. 807-811; F. Botteon, *Gara telematica e incidenza del rischio da malfunzionamento del sistema: la rilevanza di clausole di esonero da responsabilità della stazione appaltante e le opportune cautele*, in *I Contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, 2020, 1, pp. 106-115.
7. T.R.G.A. Trento, 14 novembre 2019, n. 153.
8. In dottrina, M. Pedersoli, *Le garanzie di pubblicità nella gestione telematica delle gare d'appalto*, in *Nuove autonomie*, 2017, 2, pp. 387-398.
9. Cons. St., (sezione III), 20 gennaio 2021, n. 627.
10. E. Guarnaccia, G. Campo, *Procedure di gara telematiche: niente seduta pubblica per l'apertura dell'offerta tecnica ed economica*, in *Osservatorio appalti pubblici e informatica, Diritto di Internet*, 25 febbraio 2021.
11. T.A.R. Campania, (sezione VIII), sentenza del 30 novembre 2021, n. 7692.
12. E. Guarnaccia, G. Campo, *Le sedute pubbliche nelle gare telematiche, tra giurisprudenza e il nuovo decreto digitalizzazione appalti*, in *Osservatorio appalti pubblici e informatica, Diritto di Internet*, 16 febbraio 2022.
13. Delibera ANAC n. 237 del 11 maggio 2022.
14. Cons. St., (Sez. consultiva), Parere del 26 novembre 2020, n. 1940.
15. Cons. St., (sezione VI), 4 febbraio 2020, n. 881.