

Gabriella M. Racca

**LE RESPONSABILITÀ DELLE
ORGANIZZAZIONI PUBBLICHE
NELLA TRASFORMAZIONE
DIGITALE E I PRINCIPI DI
COLLABORAZIONE E BUONA
FEDE**

Estratto

LE RESPONSABILITÀ DELLE ORGANIZZAZIONI PUBBLICHE NELLA TRASFORMAZIONE DIGITALE E I PRINCIPI DI COLLABORAZIONE E BUONA FEDE

SOMMARIO: 1. La buona amministrazione nella trasformazione digitale per l'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. — 2. La trasformazione digitale del rapporto giuridico amministrativo e i principi del “*once-only*” e della buona fede. — 3. Dalla collaborazione e buona fede “qualificate” alla responsabilità dell'organizzazione pubblica per violazione degli standard digitali. — 4. Verso una buona amministrazione digitale e responsabile.

1. *La buona amministrazione nella trasformazione digitale per l'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza.* — L'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza richiede una rinnovata buona amministrazione con le connesse responsabilità nella prospettiva della digitalizzazione ¹.

¹ R. CAVALLO PERIN, M. LIPARI e G. M. RACCA (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni per l'attuazione della legge delega*, Napoli, 2022. Sul principio di buona amministrazione nella prospettiva digitale si v. 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 *federalismi.it*, n. 7/2022, 103-125; ID., *Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione*, in R. CAVALLO PERIN, D. U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Torino, 2020, 85-117; ID., *Diritto ad una buona amministrazione e ruolo del nostro giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in questa Rivista, n. 3/2010, 601-638. Si v.: A. ZITO, *Il diritto ad una buona amministrazione' nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nell'ordinamento interno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n.

Il principio della digitalizzazione *by default*, introdotto espressamente nel 2020 nell'art. 3-bis della legge sul procedimento amministrativo, si è imposto alle pubbliche amministrazioni, non solo nei rapporti interni, ma tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati: “*Per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche agiscono mediante strumenti informatici e telematici, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati*”². Non più, come nella versione previgente: “*le amministrazioni pubbliche incentivano l'uso della telematica*”³, bensì le amministrazioni “*agiscono*” mediante strumenti informatici e telematici, *rectius* digitali. Obbligo che trova copertura costituzionale nel principio di buon andamento, così come inteso dalla Corte costituzionale, come garanzia dei criteri di efficienza, efficacia ed economicità⁴.

Proprio la digitalizzazione può far evolvere la buona amministrazione, intesa come principio fondamentale costituzionale ed europeo⁵.

Solo un'amministrazione adeguata, che conosca più approfondita-

2-3/2002, 425-444; F. MERLONI, A. PIRNI, *Etica per le istituzioni. Un lessico*, Donzelli Editore, Roma, 2021, spec. 209 ss. Sul Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (“PNRR”), si v. M. CLARICH, *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in *Astrid Online*, 2021.

² Art. 3-bis, l. 7 agosto 1990, n. 241, *Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*, comma introdotto dall'art. 3, l. 11 febbraio 2005, n. 15, *Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa*, come modificato dall'art. 12, c. 1, lett. b), decreto-legge 16 luglio, n. 76, convertito con l. 11 settembre 2020, n. 120, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, recante « Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitali » (Decreto Semplificazioni)*: “1. *Per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche agiscono mediante strumenti informatici e telematici, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati*”.

³ Il previgente art. 3-bis, l. 7 agosto 1990, n. 241, cit., introdotto dall'art. 3, l. 11 febbraio 2005, n. 15, cit., disponeva: “*Per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche incentivano l'uso della telematica, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati*”.

⁴ Il principio di buon andamento, inteso come “*vero cardine della vita amministrativa e quindi condizione dello svolgimento ordinato della vita sociale*” (Corte cost., 4 dicembre 1968 n. 123), e obiettivo di efficienza dell'azione amministrativa (Corte Cost., 17 dicembre 1997, n. 404; 5 marzo 1998, n. 40; 23 marzo 2007, n. 104), di efficacia (sent. 23 novembre 2007, n. 401) e come economicità di gestione e contenimento dei costi dell'azione amministrativa (8 febbraio 1991, n. 60; 23 luglio 1992, n. 356). Sull'efficienza amministrativa v. R. URSI, *La giuridificazione del canone dell'efficienza della pubblica amministrazione*, in B. MARCHETTI, M. RENNA (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana - Studi - La giuridificazione*, Firenze, 2016, 445-475.

⁵ Artt. 97 Cost. e 41 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Cfr. E. N. FRAGALE, *Il diritto (europeo) alla buona amministrazione ed il problema dell'autonomia delle pretese partecipative*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, n. 5/2018, 824 ss.

LE RESPONSABILITÀ DELLE ORGANIZZAZIONI PUBBLICHE

mente la realtà dei fatti, può assicurare il soddisfacimento dei nuovi bisogni sociali di cittadini ed imprese.

Negli ultimi decenni è verificato un significativo aumento della complessità e dei correlati rischi a cui le organizzazioni, pubbliche e private, sono tenute a rispondere ⁶. La richiesta di servizi e prestazioni complesse ha ingenerato il noto atteggiamento di amministrazione difensiva, che pare costituire una risposta all'incapacità degli individui e delle organizzazioni pubbliche di offrire soluzioni ai livelli crescenti di complessità ⁷. In questo contesto, la digitalizzazione offre strumenti utili a restituire capacità e autorevolezza alle organizzazioni pubbliche per rispondere ai bisogni sociali.

Tale obiettivo può essere fondato sul nuovo dato positivo che ha esplicitato l'applicazione ai rapporti tra pubblica amministrazione e cittadino dei principi della collaborazione e della buona fede, che si aggiungono ai principi generali dell'attività amministrativa, insieme a quelli dell'ordinamento europeo ⁸.

Nel 2020, all'art. 1 della legge sul procedimento amministrativo, si è previsto che: *“I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede”* in correlazione al richiamato principio della digitalizzazione *by default* per l'attuazione del PNRR e delle riforme dei contratti pubblici ⁹.

603

⁷ S. BATTINI, F. DE CAROLIS, *Indagine sull'amministrazione difensiva*, in *Rivista Italiana di Public Management*, Vol. 3, n. 2, 2020, 342-363. J. B. AUBY, *Le droit administrative dans la société du risque: quelques réflexions*, *Rapport public 2005: jurisprudence et avis de 2004. Responsabilité et socialisation du risque*, in *La Documentation française*, 2005, 351-357. F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, 2005.

⁸ Art. 1, c. 2-bis, l. 7 agosto 1990, n. 241, cit., comma introdotto dall'art. 12, c. 1, lett. a), decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito con l. 11 settembre 2020, n. 120, cit.: *“I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede”*. F. CORTESE, *Costituzione e nuovi principi del diritto amministrativo*, in questa *Rivista*, n. 2/2020, 329-362; P. MARZARO, *Semplificazione, coordinamento degli interessi pubblici e leale collaborazione come canone di legittimità dell'azione amministrativa*, in *Diritto e Società*, n. 3/2019, 501 ss.; A. MASSERA, *I principi generali*, in questa *Rivista*, n. 3/2017, 427-445; F. DE LEONARDIS, *I principi generali dell'azione amministrativa*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 59 ss.; G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, *I principi dell'azione amministrativa*, Torino, 2010; R. CAVALLO PERIN, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno e ordinamento europeo*, in questa *Rivista*, n. 1/2000, 41-49 e in *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, 2001, 961-1007.

⁹ Come noto, il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza ha previsto un duplice processo di riforma del settore dei contratti pubblici: il primo, attuato in via d'urgenza con il decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito con l. 29 luglio 2021, n. 108, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, recante governance del Piano nazionale*

I contratti pubblici costituiscono uno strumento strategico per realizzare gli obiettivi di innovazione indicati nell'agenda nazionale ed europea¹⁰. Il favore europeo per l'innovazione e verso le stazioni appaltanti che sappiano divenire i "primi acquirenti" (*first client*) dell'innovazione costituisce strumento di politica industriale, per assicurare la sostenibilità sociale e ambientale, in conformità ai principi dell'economia circolare¹¹.

La digitalizzazione richiede un rinnovato rapporto di fiducia tra amministrazione e privato, con la precisazione che, nei contratti pubblici, questi non è un semplice cittadino, ma è operatore economico spesso dotato di professionalità più elevate dell'amministrazione pubblica¹². Per questo occorre ridefinire un nuovo "patto collaborativo digitale", una nuova "alleanza digitale" fondata sulla correttezza e buona fede, dell'uno verso l'altro, fin dall'avvio della procedura e per tutto il rapporto giuridico amministrativo conseguente.

Un rapporto di fiducia reciproca che fonda obblighi di cooperazione (e buona fede) in capo ad entrambe le parti, nel perseguimento del comune interesse alla corretta selezione e tempestiva esecuzione dei contratti pubblici, realizzata e monitorata mediante strumenti digitali¹³.

di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure; e il secondo, da attuare mediante legge delega al Governo (l. 21 giugno 2022, n. 78, *Delega al Governo in materia di contratti pubblici*).

¹⁰ Si noti che mentre la spesa europea per appalti pubblici di lavori servizi e forniture raggiunge attualmente circa il 16% del PIL dell'Unione Europea, meno del 5% di questa spesa è destinata ad appalti innovativi. Si v. COMMISSIONE UE, *Study on the measurement of cross-border penetration in the EU public procurement market*, cit. e COMMISSIONE UE, *Orientamenti in materia di appalti per l'innovazione*, 18 giugno 2021 C(2021) 4320 final, spec. 13, ove si richiamano investimenti molto significativi di altri ordinamenti per gli appalti pubblici alla ricerca, allo sviluppo e all'innovazione: dal 2,5% (USA) al 5% (Corea del Sud).

¹¹ Sulla diversa prospettiva dell'aggregazione degli acquisti, in Europa e negli USA: J. B. KAUFMAN, *Cooperative Purchasing: A US Perspective*, in G. M. RACCA, C. R. YUKINS (a cura di), *Joint Public Procurement and Innovation. Lessons Across Borders*, in *Droit Administratif / Administrative Law Collection* (Dir. by J.-B. AUBY), no. 27, Bruxelles, 2019, 65-91. V. COMMISSIONE UE, *Accelerating the transition to the circular economy. Improving access to finance for circular economy projects*, marzo 2019. Si v. da ultimo, CONSIGLIO UE, *Conclusioni del Consiglio. Investimenti pubblici mediante appalti pubblici: ripresa sostenibile e rilancio di un'economia dell'UE resiliente*, 2020/C 412 I/01, 30.11.2020. Si veda il progetto *Interreg Europe Smart Circular Procurement (CircPro, www.interregeurope.eu/circpro/)*.

¹² Come già evidenziato da: A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *questa Rivista*, n. 1/1998, 1-25, spec. 18-19. Cfr. C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile per la Pubblica Amministrazione*, in *Jus*, n. 3/1998, 647-669.

¹³ Sia consentito il rinvio a: G. M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000; Id, *Giurisdizione esclusiva e affermazione della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Urbanistica e*

LE RESPONSABILITÀ DELLE ORGANIZZAZIONI PUBBLICHE

2. *La trasformazione digitale del rapporto giuridico amministrativo e i principi del “once-only” e della buona fede.* — I due cardini su cui pare necessario improntare il nuovo “patto collaborativo digitale” tra operatori economici e amministrazioni sembrano essere i principi del “*once-only*” e della buona fede.

Il principio “*once-only*” comporta che i documenti e i dati siano richiesti dalle pubbliche amministrazioni una volta sola, o, meglio, che siano acquisiti direttamente mediante sistemi informativi interoperabili. Si giungerà anche nel settore dei contratti pubblici all’effettiva attuazione dell’acquisizione d’ufficio previsti dalla legge sul procedimento amministrativo¹⁴ superando l’autocertificazione, grazie all’interoperabilità delle banche dati e delle piattaforme. Si impone così il superamento della “gelosia del dato” e l’“*interoperability by default*”¹⁵.

Tale principio potrà trovare puntuale applicazione nel settore dei contratti pubblici, specialmente nella prossima riforma¹⁶. In tale ambito, il fascicolo virtuale dell’operatore economico potrà superare il pesante e ripetitivo lavoro di verifica dei requisiti dell’operatore economico ed il

605

appalti, n. 2/2002, 199; *Id.*, *Sindacato sulla decisione di non procedere all’aggiudicazione di un appalto pubblico (recesso dalle trattative) e responsabilità precontrattuale*, nota a C. giust. CE, sez. VI, 18 giugno 2002 (causa C-92/00), in *Il Foro amm. - CdS.*, 9/2002, 1976; *Id.*, *Principio di correttezza e responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Servizi Pubblici e Appalti*, n. 1/2003, 102; *Id.*, *Comportamento scorretto, atto legittimo e responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Urbanistica e appalti*, n. 8/2003, 943; *Id.*, *Vendita di cosa futura e recesso corretto della parte pubblica dalle trattative* (nota a Cons. St., sez. VI, 1° marzo 2005 n. 816), in *Urbanistica e appalti*, 8/2005, 944; *Id.*, *Voce Correttezza* (diritto amministrativo), in S. CASSESE (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. II, Milano, 2006, 1529-1536; *Id.*, *La responsabilità contrattuale e precontrattuale della pubblica amministrazione*, in P. RESCIGNO - E. GABRIELLI (dir.), *Trattato dei contratti*, Tomo Primo, cap. X, *I contratti con la pubblica amministrazione* C. FRANCHINI, (a cura di), Torino, 2007, 637-696; *Id.*, *Contratti pubblici e comportamenti contraddittori delle pubbliche amministrazioni: la responsabilità precontrattuale*, nota a Cons. Stato, sez. VI, 17 dicembre 2008, n. 6264, in *Rivista Neldiritto*, n. 2/2009, 281.

¹⁴ Art. 18, l. 7 agosto 1990, n. 241, cit.

¹⁵ COMMISSIONE UE, *Interoperability in end-to-end eProcurement*, cit. ANAC, *Strategie e azioni per l’effettiva semplificazione e trasparenza nei contratti pubblici attraverso la completa digitalizzazione: le proposte dell’Autorità*, 27 maggio 2020, 12 ss.; Audizione del Presidente ANAC G. Busia presso l’8^a Commissione della Camera dei Deputati, 2 febbraio 2021, sulla “Proposta di Piano nazionale di ripresa e resilienza - PNRR”; F. GORGERINO, *Legal Basis and Regulatory Applications of the Once-Only Principle: The Italian Case*, in R. KRIMMER, A. PRENTZA, S. MAMROT (a cura di): *The Once-Only Principle. The TOOP Project*, Lecture Notes in Computer Science, n. 12621, Springer Nature, Cham (Switzerland), 2021, 104 ss.

¹⁶ L. 21 giugno 2022, n. 78, *Delega al Governo in materia di contratti pubblici*, cit.

notevole contenzioso, spesso collegato a errori formali¹⁷. Sarà opportuno un chiarimento interpretativo delle direttive europee¹⁸, anche per superare alcuni orientamenti della Corte di giustizia, in una prospettiva innovativa oggi necessaria digitalizzazione¹⁹. Fiducia tra stazione appaltante e operatore economico devono permanere in tutto il rapporto di selezione ed esecuzione del contratto, ma occorre precisare che questa fiducia non può che basarsi su fatti, che possono essere acquisiti con qualunque mezzo, oggi digitale. Proprio nel fascicolo virtuale, l'operatore economico potrà riversare ogni elemento utile a dimostrare la propria qualificazione, come pure l'assenza di cause di esclusione per assicurare la correttezza e l'affidabilità²⁰ e dimostrare eventualmente di aver attuato il *self cleaning*²¹.

¹⁷ Si veda: M. LIPARI, *Le innovazioni per l'effettività della tutela*, in R. CAVALLO PERIN, M. LIPARI e G. M. RACCA (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni per l'attuazione della legge delega*, cit., 87-94.

¹⁸ In particolare la portata dell'art. 57, par. 4 della Direttiva 2014/24/EU, cit., che dispone: "(...) *Le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere (...) oppure gli Stati membri possono chiedere alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni: (...) c) se l'amministrazione aggiudicatrice può dimostrare con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, il che rende dubbia la sua integrità*".

¹⁹ Nella sentenza della Corte di Giustizia UE del 19 giugno 2019, causa C-41/18, *Meca Srl c. Comune di Napoli*, è stata ribadita la presenza di un ineliminabile potere di valutazione dell'amministrazione aggiudicatrice, non sostituibile da un giudice, in ordine agli atti che un operatore economico ha commesso o omesso di compiere prima o durante la procedura di aggiudicazione di appalto, al fine di verificare se questi possano effettivamente "rendere dubbia la sua integrità" e quindi determinarne l'esclusione. A seguito della modifica apportata dal d.l. n. 135 del 2018, conv. con l. 11 febbraio 2019, n. 12, il vigente art. 80, c. 5, lett. c-ter), dispone che la stazione appaltante esclude l'operatore economico che abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili, motivando su tali circostanze anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa,

²⁰ La valutazione della stazione appaltante va effettuata nella piena conoscenza dei dati, riguardanti le vicende dell'impresa, caricati dalle altre amministrazioni e dall'impresa stessa nel costituendo Fascicolo virtuale dell'operatore economico, anche al fine di rendere effettive le possibilità di *self cleaning*. La Corte di Giustizia UE (sentenza *Meca Srl c. Comune di Napoli*, cit.) richiede all'operatore economico le prove del fatto che le misure adottate siano sufficienti a dimostrare l'affidabilità nonostante l'esistenza di un pertinente motivo facoltativo di esclusione. L'operatore economico deve dimostrare di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito, di aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale collaborando attivamente con le autorità investigative e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti. Pur essendo garantita la possibilità di un contraddittorio con l'interessato, la decisione della stazione appaltante deve fondarsi su dati certi e verificabili, come è previsto oggi in materia di adozione delle interdittive antimafia a seguito della modifica dell'art. 92, c. 2-bis, d.lgs. 159 del 2011, disposta dall'art. 49, c. 1, lett. a), l. n. 233 del 2021, *Conversione in legge, con modifiche del d.l. 6 novembre 2021, n. 152, recante*

LE RESPONSABILITÀ DELLE ORGANIZZAZIONI PUBBLICHE

Si richiede dunque reciproca collaborazione e buona fede dell'operatore economico che voglia operare con la pubblica amministrazione e che non tradisca la fiducia che l'amministrazione gli assicurerà con l'aggiudicazione di un contratto e le correlate risorse pubbliche.

Gli strumenti di intelligenza artificiale permettono analisi di mercato che possono fondarsi sulla conoscenza più precisa degli operatori economici e di quanto hanno realizzato negli anni, con quali amministrazioni, con quale esito per ripensare un sistema di qualificazione rapido e oggettivo, mediante accesso diretto a sistemi informativi e banche dati che superino il passaggio documentale. La stazione appaltante potrà motivare e scostarsi dalle evidenze digitali, ove ritenesse ancora dubbia l'integrità o la capacità dell'operatore economico, magari non collaborativo nella dimostrazione del superamento delle criticità (*self cleaning*)²².

In una prima fase l'ANAC è chiamata ad assicurare innanzitutto il riuso (*Re-usability principle*) del Documento Unico di Gara Europeo

« disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per la prevenzione delle infiltrazioni mafiose ». Il prefetto, sulla base degli esiti delle verifiche disposte mediante la consultazione della Banca dati nazionale unica antimafia (BDNA), ritenga sussistenti i presupposti per l'adozione dell'informazione antimafia interdittiva ovvero per procedere all'applicazione delle misure amministrative di prevenzione collaborativa, e non ricorrano particolari esigenze di celerità del procedimento, ne dà tempestiva comunicazione al soggetto interessato, indicando gli elementi sintomatici dei tentativi di infiltrazione mafiosa. È assegnato un termine non superiore a venti giorni per presentare osservazioni scritte, eventualmente corredate da documenti, nonché per richiedere l'audizione. In ogni caso, non possono formare oggetto della comunicazione elementi informativi il cui disvelamento sia idoneo a pregiudicare procedimenti amministrativi o attività processuali in corso, ovvero l'esito di altri accertamenti finalizzati alla prevenzione delle infiltrazioni mafiose. Si v. gli interventi di G. VELTRI e S. PERONGINI nel convegno: *Questioni controverse di diritto amministrativo. Un dialogo tra Accademia e Giurisprudenza*, Roma, Consiglio di Stato, 1° aprile 2022. Strumenti applicativi tipo P.R.I.C.E. possono assicurare tempestività, completezza, come già sperimentato in alcune prefetture del Veneto, v. *infra*.

²¹ Art. 57, par. 6, Direttiva 2014/24/EU, cit. e art. 80, c. 7 e 8, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, cit. Si v. anche: A.N.AC., Linee Guida N°6 recanti « *Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'articolo 80, comma 5, lettere c), c-bis), c-ter) e c-quater) del codice dei contratti pubblici* », approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1293 del 16 novembre 2016.

²² L'esclusione di un partecipante ad una gara da parte di una stazione appaltante per gravi carenze emerse nella esecuzione del pregresso rapporto o di serie carenze di professionalità emergenti dal passato aziendale è riconducibile alla erosione del rapporto fiduciario imputabile all'operatore economico, spettando, infatti « *alla stazione appaltante la facoltà di determinare essa stessa il punto di rottura dell'affidamento nel contraente* ». Cass. civ., Sez. Un., 17 febbraio 2012, n. 2312. Si v. V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione e giurisdizione*, in *Giur. cost.*, n. 3/2019, 1825-1866.

(DGUE o, *European Single Procurement Document, ESPD*) e delle connesse verifiche²³.

L'amministrazione aggiudicatrice non dovrebbe più chiedere quanto già accertato da un'altra stazione appaltante, grazie al ruolo di ANAC chiamata ad acquisire e mettere a disposizione "gli elenchi di operatori economici già accertati e le modalità per l'utilizzo degli accertamenti per gare diverse"²⁴.

Successivamente il "fascicolo virtuale dell'operatore economico" dovrebbe consentire la piena interoperabilità fra le banche dati che contengono le informazioni necessarie alla verifica dell'assenza di cause di esclusione ed anche alla loro qualificazione²⁵.

Già nelle direttive si afferma il "winner only principle", che comporta la possibilità per la stazione appaltante di richiedere i documenti a comprova dei requisiti oggetto di autodichiarazione soltanto all'operatore economico aggiudicatario e non a tutti i partecipanti²⁶.

L'ANAC aveva già chiarito nel 2017 che, in assenza di specifiche

²³ Art. 59, par. 1, Direttiva 2014/24/EU, cit. Nell'ambito del citato progetto europeo ENEIDE, un formato interoperabile di Documento di gara unico europeo sarà messo a disposizione delle piattaforme di acquisto e negoziazione, direttamente interconnesso con il nuovo fascicolo virtuale dell'operatore economico.

²⁴ Art. 81, c. 4-bis, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, cit., comma introdotto dall'art. 53, c. 5, lett. d), decreto-legge 31 maggio 2021, n. 108, convertito con l. 29 luglio 2021, n. 108, cit. Si v. in Francia l'Article R2143-4 del nuovo *Code de la commande publique* in vigore dal 1° aprile 2019, che consente all'operatore economico di presentare la propria candidatura tramite il *Document Unique De Marché Européen* (DUME) costituente uno scambio di dati strutturato, redatto secondo il modello di formulario per il documento di gara unico europeo. Il DUME, impostato in base ai requisiti inseriti nel sistema *e-Certis*, dovrebbe consentire di recuperare automaticamente alcuni dati già detenuti dalle amministrazioni (es. in materia fiscale). Gli operatori economici possono riutilizzare il documento unico di gara europeo già utilizzato in una precedente procedura, a condizione che confermino che le informazioni ivi contenute sono ancora valide. Le informazioni sono sul portale ("CHORUS") per la redazione del DUME e la sua riutilizzazione (<https://dume.chorus-pro.gouv.fr/#/accueil>).

²⁵ Fra le banche dati e i certificati (ancora richiesti mediante PEC, in prospettiva da eliminare) attualmente rilevanti per la verifica dei requisiti di qualificazione dell'operatore economico si segnalano: il Sistema Informativo del Casellario (SIC) tenuto dal Ministero della Giustizia, contenente i dati del Casellario giudiziale e l'Anagrafe delle sanzioni amministrative; la Banca Dati Nazionale Antimafia del Ministero dell'Interno; il Certificato di regolarità fiscale rilasciato dall'Agenzia delle entrate tramite PEC; il Casellario informatico di ANAC; il Portale DURC Online dell'INPS, INAIL e i certificati di altri Enti previdenziali non integrati nel portale unico previdenziale (ad es. INARCASSA per liberi professionisti, CIPAG per geometri); la Visura camerale rilasciata da Unioncamere; la certificazione di ottemperanza alle norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili (ex art. 17 della legge n. 68 del 1999) da richiedersi via PEC alla Direzione Provinciale o Regionale del Lavoro presso la Provincia o Centro provinciale/regionale per l'impiego presso la Provincia dove ha sede legale l'operatore economico.

²⁶ Art. 59, par. 4, Direttiva 2014/24/EU, cit. Cfr. I. LOCATELLI, *Process Innovation Under the New Public Procurement Directives*, in G. M. RACCA, C. R. YUKINS (a cura di), *Joint Public Procurement and Innovation. Lessons Across Borders*, cit., 56 ss.

LE RESPONSABILITÀ DELLE ORGANIZZAZIONI PUBBLICHE

indicazioni del Codice sui tempi e le modalità delle verifiche sulle dichiarazioni sostitutive rese dai concorrenti, mediante il DGUE, le stazioni appaltanti, nelle fasi che precedono l'aggiudicazione, potevano limitarsi a verificare il possesso dei requisiti sotto il profilo della completezza delle autodichiarazioni rese dalle imprese, essendo obbligatorio il controllo soltanto sul primo classificato da effettuarsi prima dell'aggiudicazione dell'appalto ²⁷.

Nelle procedure aperte bandite per i settori speciali era invece già espressamente prevista la possibilità, se specificamente prevista nel bando di gara, di effettuare l'inversione procedimentale, anticipando la valutazione delle offerte rispetto alla selezione degli offerenti, garantendo comunque che la verifica dell'assenza di motivi di esclusione assicurò imparzialità e trasparenza ²⁸, con facoltà estesa anche alle procedure bandite per i settori ordinari fino al 30 giugno 2023 ²⁹.

L'innovazione potenzialmente *disruptive*, già presente nelle Diret-

²⁷ Art. 94, c. 1, lett. b), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, cit. Comunicato del Presidente ANAC dell'8 novembre 2017, *Indicazioni alle stazioni appaltanti e agli operatori economici sulla definizione dell'ambito soggettivo dell'art. 80 del d.lgs. 50/2016 e sullo svolgimento delle verifiche sulle dichiarazioni sostitutive rese dai concorrenti ai sensi del d.p.r. 445/2000 mediante utilizzo del modello di DGUE*.

²⁸ Art. 133, c. 8, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, cit.

²⁹ Art. 8, c. 7, l. n. 120 del 2020, cit., che mod. art. 1, c. 3, l. n. 55 del 2019, cit., termine differito dall'art. 53, c. 1, lett. a), l. n. 108 del 2021, cit. Consip si avvale della facoltà dell'inversione procedimentale, prevedendola espressamente nel disciplinare di gara (cfr. T.A.R. Lazio, sez. Roma, II, sent. del 30 marzo 2022 n. 3612). Si v. T.A.R. Lazio, sez. Roma, I, del 17 febbraio 2022 n. 1932, di rigetto del ricorso contro il provvedimento dell'ANAS di esclusione di un operatore dalla gara inerente l'affidamento di un accordo quadro per manutenzione di ponti, viadotti e gallerie, in cui era risultato primo in graduatoria con l'attribuzione del miglior punteggio tecnico e del miglior punteggio economico, comunicato verbalmente in sede della seduta pubblica, basato sul fatto che, successivamente alla definizione della graduatoria, il seggio di gara ha constatato, in sede di apertura della documentazione amministrativa, la presenza all'interno della "busta" di qualifica dell'esponente RTI del documento elettronico contenente l'offerta economica del concorrente. Il Tribunale ha ritenuto condivisibile la motivazione fornita dall'amministrazione per cui l'avvenuta presentazione di un'unica busta, contenente cumulativamente sia i "files" dell'offerta economica sia quelli della documentazione amministrativa, ha esposto la commissione giudicatrice ad un rischio di commistione e di condizionamento: infatti, la produzione dell'offerta economica unitamente alla documentazione amministrativa ha fatto sì che il ribasso offerto dalla ricorrente fosse astrattamente conoscibile da qualsiasi utente munito delle credenziali di autenticazione per operare sulla piattaforma ovvero da parte di chiunque avesse avuto accesso alla documentazione di gara sin dalla prima seduta pubblica. Pertanto secondo il T.A.R. l'impresa è incorsa in un errore che ne ha giustamente determinato l'esclusione, inserendo l'offerta economica nella busta amministrativa, disattendendo le modalità indicate — esclusivamente telematiche ("Portale Acquisti ANAS") — di presentazione delle offerte, che dovevano contenere tre "buste virtuali" distinte: busta a) documentazione amministrativa; busta b) — documentazione tecnica; busta c) — offerta economica. Avverso la sentenza è stato proposto

tive, consisterà dunque nell'applicazione generalizzata del “*once-only principle*”³⁰ assicurando alle amministrazioni aggiudicatrici la possibilità di acquisire le informazioni necessarie alla qualificazione degli operatori economici direttamente accedendo a banche dati interoperabili³¹, disponibili in ogni Stato membro, ovvero ad un fascicolo d'impresa virtuale (*Virtual Company Dossier*), secondo i requisiti e le prove documentali che andrebbero indicati dagli Stati Membri nel registro europeo *eCertis*³². Gli Stati membri sono infatti chiamati a predisporre banche dati contenenti informazioni pertinenti sugli operatori economici che possano essere consultate dalle rispettive amministrazioni e, alle medesime condizioni, anche dalle amministrazioni aggiudicatrici di altri Stati membri (*Cross-border by default principle*)³³. Agli operatori economici non sarebbe richiesto di presentare documenti complementari qualora l'amministrazione aggiudicatrice disponga già tali dati, in precedenza forniti ed in tempo reale nelle varie banche dati e direttamente dagli operatori economici interessati.

610

L'obiettivo finale indicato dalla Commissione europea è quindi quello di integrare un Documento di Gara Unico Europeo, nativo digitale, con le banche dati e/o i sistemi di pre-qualificazione delle imprese. Questa integrazione potrà permettere una verifica automatica della conformità degli operatori economici rispetto ai requisiti di ordine morale e ai criteri di selezione speciale³⁴, anche in un contesto transfrontaliero (mediante il *Single Digital Gateway*)³⁵.

appello. Le piattaforme native digitali dovranno evitare tali problematiche legate ad una prassi ancora pensata per la carta e le “buste”.

³⁰ I. LOCATELLI, *Process Innovation Under the New Public Procurement Directives*, cit., 58 ss.

³¹ G. CARULLO, *Dati, banche dati, blockchain e interoperabilità dei sistemi informatici nel settore pubblico*, in R. CAVALLO PERIN, D.-U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, cit., 191-221; ID., *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Torino, 2017; F. GORGERINO, *Legal Basis and Regulatory Applications of the Once-Only Principle: The Italian Case*, cit. 110 ss.

³² Il sistema *e-Certis* viene richiamato da: Cons. St., sez. V, 20 gennaio 2021, n. 623, in cui il Collegio ricostruisce dettagliatamente la “dematerializzazione” dei dati e lo scambio di informazioni “con mezzi elettronici” relativamente alla fase di pre-aggiudicazione.

³³ Art. 59, par. 5, Direttiva 2014/24/EU, cit. Si v. COMMISSIONE UE, *Interoperability in end-to-end eProcurement*, cit.

³⁴ I. LOCATELLI, *Process Innovation Under the New Public Procurement Directives*, cit., 58 ss. Nel 2017 la Commissione Europea ha pubblicato un Report sull'applicazione dell'ESPD negli Stati membri, dal quale emerge come l'ESPD elettronico attualmente messo a disposizione dalla Commissione Europea è soltanto un modello transitorio “*poiché l'intero potenziale del DGUE dovrebbe essere sfruttato tramite l'integrazione di un DGUE “nazionale” con il sistema di appalti elettronici (e-procurement) e i registri o le banche dati dei certificati/delle prove*”

LE RESPONSABILITÀ DELLE ORGANIZZAZIONI PUBBLICHE

La modifica del 2021 al Codice dei contratti pubblici³⁶ e il recente decreto ministeriale recante le modalità di digitalizzazione delle procedure dei contratti pubblici³⁷, hanno previsto che la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-professionale ed economico e finanziario, per la partecipazione alle procedure di affidamento e per il controllo in fase di esecuzione del contratto della permanenza dei suddetti requisiti, sia acquisita esclusivamente attraverso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici dell'ANAC, presso la quale dovrà essere istituito il “fascicolo virtuale dell'operatore economico”.

Superando il previgente sistema AVCPass³⁸, l'ANAC ha dunque il

di ogni Stato membro. Ciò permetterà di raggiungere tre diversi obiettivi: migliorare la personalizzazione e l'adattamento alle condizioni nazionali; promuovere la digitalizzazione della pubblica amministrazione; gettare le basi per la semplificazione delle procedure tramite l'applicazione del principio “once-only”.

³⁵ Il Regolamento 2018/1724 del 20 ottobre 2018 sullo sportello digitale unico per l'accesso a informazioni, procedure e servizi di assistenza e di risoluzione dei problemi, prevede l'istituzione di un sistema tecnico per lo scambio transfrontaliero automatizzato di prove in applicazione del principio *once-only* (art. 14), comprese le prove inerenti alla qualificazione delle imprese partecipanti alle procedure di affidamento di contratti pubblici (cfr. H. GRAUX, *The Single Digital Gateway Regulation as an Enabler and Constraint of Once-Only in Europe*, in R. KRIMMER, A. PRENTZA, S. MAMROT (a cura di), *The Once-Only Principle*, cit., 83 ss.). Entro il 12 giugno 2021 era prevista l'emanazione di un regolamento di esecuzione per definirne le specifiche tecniche e operative. La stessa Commissione ha espresso l'auspicio che tale sistema tecnico sia integrato con *e-Certis* e con l'ESPD: COMMISSIONE UE, *Interoperability in end-to-end eProcurement*, cit., 16. La Direttiva 2014/24/EU ha affidato alla Commissione un potere di adottare atti delegati a norma dell'articolo 87 per garantire l'interoperabilità dei formati tecnici nonché degli *standard* di elaborazione dei dati e di messaggistica, in particolare in un contesto transfrontaliero, per stabilire l'uso obbligatorio di tali *standard* tecnici specifici, in particolare per quanto riguarda l'uso della presentazione per via elettronica, i cataloghi elettronici e le modalità di autenticazione elettronica (art. 22, par. 7).

³⁶ Art. 81, c. 1, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, cit., modificato dall'art. 53, c. 5, lett. d), l. n. 108 del 2021, cit.

³⁷ Art. 20 del decreto 12 agosto 2021, n. 148 del Min. per la PA, di concerto con il MIMS e il MEF, *Regolamento recante modalità di digitalizzazione delle procedure dei contratti pubblici*.

³⁸ Con deliberazione dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici del 24 dicembre 2012, in attuazione dell'art. 6-bis d.lgs. n. 163 del 2006, era stato previsto che dal 1° gennaio 2013, la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-organizzativo ed economico-finanziario per la partecipazione alle procedure ivi disciplinate fosse acquisita presso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici, istituita presso la stessa Autorità. In attuazione di quella previsione fu introdotto il sistema “AVCPass”. La versione originaria dell'art. 81 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, cit. aveva disposto invece che la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di partecipazione fosse acquisita attraverso una Banca dati degli operatori economici da istituirsi presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti. La norma rimase inattuata, con conseguente permanenza in vigore (con parecchie criticità) del precedente sistema AVCPass: G. M. RACCA, *La digitalizzazione necessaria dei*

compito di sviluppare il fascicolo virtuale dell'operatore economico³⁹ includendo tutti i dati per la verifica dell'assenza di motivi di esclusione e relativi ai criteri di selezione⁴⁰. L'interoperabilità tra le diverse banche dati, gestite dagli enti certificanti coinvolte nel procedimento, nonché tra queste e le banche dati gestite dall'ANAC, dovrebbe essere assicurata secondo le modalità individuate dall'AgID con le Linee guida⁴¹, ovviamente da coordinare l'attuazione della prossima riforma. La legge delega sui contratti pubblici richiede infatti di attuare “*la digitalizzazione e l'informatizzazione delle procedure, la piena attuazione della Banca dati nazionale dei contratti pubblici e del fascicolo virtuale dell'operatore economico*”⁴² e questo “*anche attraverso l'utilizzo di banche dati a livello centrale che riducano le incertezze in sede di qualificazione degli operatori nelle singole procedure di gara*”⁴³.

I dati e documenti contenuti nel fascicolo virtuale, nei termini di efficacia di ciascuno di essi, saranno costantemente aggiornati e permetteranno di verificarne il possesso secondo un modello di “semaforo verde in relazione alle differenti tipologie di contratti, con evidente semplificazione e nel rispetto del principio del *once-only*”⁴⁴.

In tal modo, la trasparenza e la correttezza potrebbero assicurare una concorrenza leale fra gli operatori economici rivolta alla tempestiva e corretta esecuzione del contratto e non alla vittoria della gara per errore del concorrente nell'allegare un documento o della stazione appaltante nel verificarlo⁴⁵. L'eventuale contenzioso e le connesse re-

612

contratti pubblici: per un'Amazon pubblica, cit., 4677 ss.; F. GORGERINO, *Legal Basis and Regulatory Applications of the Once-Only Principle: The Italian Case*, cit. 119 ss.

³⁹ Comunicato del Presidente ANAC del 29 novembre 2021, *Indicazioni in ordine all'avvio del fascicolo virtuale dell'operatore economico*.

⁴⁰ Art. 81, c. 1, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, cit.

⁴¹ Art. 81, c. 2, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, cit.

⁴² Art. 1, c. 2, lett. m), l. 21 giugno 2022, n. 78, cit.

⁴³ Art. 1, c. 2, lett. s), l. 21 giugno 2022, n. 78, cit.

⁴⁴ Art. 81, c. 4, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, cit.

⁴⁵ R. CAVALLO PERIN, G. M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *questa Rivista*, n. 2/2010, 325-354, con prospettazione accolta da: Cons. St., Ad. Plen., sentenza del 2 aprile 2020 n. 10, con nota di: A. CORRADO, *L'accesso civico generalizzato, diritto fondamentale del cittadino, trova applicazione anche per i contratti pubblici: l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato pone fini ai dubbi interpretativi*, in *federalismi.it*, n. 16/2020, 48-78; F. GORGERINO, *L'accesso come diritto fondamentale e strumento di democrazia: prospettive per la riforma della trasparenza amministrativa*, in *federalismi.it*, n. 5/2022, 96-127; F. MANGANARO, *La funzione nomofilattica dell'Adunanza plenaria in materia di accesso agli atti amministrativi*, in *federalismi.it*, n. 20/2021, 159-173; A. MOLITERNI, *Pluralità di accessi, finalità della trasparenza e disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale diritto amministrativo*, n. 4/2020, 505 ss.

LE RESPONSABILITÀ DELLE ORGANIZZAZIONI PUBBLICHE

sponsabilità andrebbero accertate separatamente in relazione a quanto si ricava dall'interrogazione dei sistemi digitali, con evidente utilità per gli operatori economici che potrebbero conoscere in tempo reale la propria qualificazione, sempre nel rispetto dei principi di collaborazione e buona fede reciproca con la stazione appaltante, anche in relazione all'attuazione del *self cleaning*. La valutazione accentrata in un organo statale (ANAC) di tutte le cause di esclusione e dei requisiti di qualificazione e dell'attuazione delle eventuali misure di *self-cleaning*, sarebbe conforme alle direttive e supererebbe le criticità ed il contenzioso diffuso che ricade sulle singole amministrazioni aggiudicatrici ⁴⁶.

La collaborazione e buona fede del privato, operatore economico, chiamato ad integrare il fascicolo virtuale e le eventuali misure di *self cleaning*, supportata dai sistemi di intelligenza artificiale, potrebbero superare i formalismi e assicurare l'effettività della qualificazione e accettazione delle regole della gara digitale.

3. *Dalla collaborazione e buona fede "qualificate" alla responsabilità dell'organizzazione pubblica per violazione degli standard digitali.* —

613

⁴⁶ Nel caso *Vert Marine* del 2020, in materia di concessioni la Corte di giustizia UE (Sentenza dell'11 giugno 2020 causa C-472/19) ha affermato che la normativa comunitaria osta a una normativa nazionale che non accorda a un operatore economico condannato definitivamente per uno dei reati di cui all'articolo 38, par. 4, della direttiva e soggetto, per tale ragione, a un divieto automatico di partecipare alle procedure di aggiudicazione dei contratti di concessione, la possibilità di fornire la prova di aver adottato misure correttive idonee a dimostrare il ripristino della sua affidabilità. La normativa comunitaria invece non osta a che l'esame dell'adeguatezza delle misure correttive adottate da un operatore economico sia affidato alle autorità giudiziarie, purché il regime nazionale istituito a tal fine rispetti tutti i requisiti posti dall'articolo 38, paragrafo 9, di tale direttiva e la procedura applicabile sia compatibile con i termini imposti dalla procedura di aggiudicazione dei contratti di concessione. Inoltre, l'articolo 38, par. 9, della direttiva 2014/23 deve essere interpretato nel senso che esso non osta a una normativa nazionale che consente alle autorità giudiziarie di non applicare a una persona un divieto automatico di partecipare alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione a seguito di una condanna penale, di revocare un siffatto divieto o di escludere qualsiasi menzione della condanna nel casellario giudiziario, purché tali procedure giudiziarie soddisfino effettivamente le condizioni poste e l'obiettivo perseguito da tale regime e, in particolare, consentano, qualora un operatore economico desideri partecipare a una procedura di aggiudicazione dei contratti di concessione, di revocare, in tempo utile, il divieto a cui è soggetto, basandosi soltanto sull'adeguatezza delle misure correttive invocate dal suddetto operatore e valutate dall'autorità giudiziaria competente conformemente ai requisiti previsti da tale disposizione, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare. Cfr. il considerando n. 102 della Direttiva 2014/24/EU, che lascia agli Stati membri decidere se affidare tali valutazioni ad autorità di livello centrale: un sistema digitale accentrato (con articolazioni di analisi dati rimesse alle Prefetture competenti) pare opportuno in sede di riforma, v. *infra*, *l'esperienza dell'applicativo P.R.I.C.E.* nella Regione Veneto.

La trasformazione digitale impone di riconsiderare le responsabilità delle pubbliche amministrazioni correlate all'evoluzione delle relative organizzazioni ed attività, nel perseguimento degli interessi pubblici a garanzia dei diritti fondamentali⁴⁷. La trasformazione digitale comporta una interpretazione evolutiva dei principi costituzionali poiché l'amministrazione è chiamata a ricercare, in collaborazione con i cittadini, la migliore soluzione possibile, in modo da assicurare, un rinnovato ed effettivo "*buon andamento [...] dell'Amministrazione*"⁴⁸.

L'attività conoscitiva digitale, aumentata e approfondita, permette infatti all'amministrazione di essere non più solamente reattiva alle richieste dei cittadini e delle imprese, ma proattiva e predittiva per meglio garantire i diritti e rimuovere gli ostacoli, che impediscono il pieno sviluppo della persona umana, come richiesto dalla Costituzione (art. 3, c. II).

La digitalizzazione, nel connettere e mostrare con maggiore evidenza i dati ed i fatti, mediante gli strumenti di intelligenza artificiale, consente di sviluppare nuovi modelli organizzativi e funzionali che richiedono l'evoluzione delle connesse responsabilità delle pubbliche amministrazioni.

L'espressa introduzione, durante la crisi pandemica, nella legge sul procedimento amministrativo dei principi di "*collaborazione e buona fede*" rafforza infatti la funzionalizzazione dell'organizzazione e delle attività anche solo "*mediatamente esercizio di potere pubblico*"⁴⁹.

Pare dunque possibile considerare i principi di "*collaborazione e buona fede*" come posti a protezione rafforzata di tutti i rapporti giuridici amministrativi nel perseguimento della buona amministrazione digitale⁵⁰.

⁴⁷ PARLAMENTO UE, *Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica*, (2015/2103(INL)), considerando L). Cfr., di recente: COMMISSIONE UE, *Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale*, Bruxelles, 26 gennaio 2022 COM(2022) 28 final, spec. 4, ove si evidenzia la necessità di "*una trasformazione digitale dell'Europa entro il 2030, in linea con i valori europei*", in cui "*imprese innovative e cittadini autonomi e responsabili coesistono in una società digitale antropocentrica, inclusiva, fiorente e sostenibile*".

⁴⁸ F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni « Trenta » all'« alternanza »*, Milano, 2001, 158. Cfr. G. ALPA, *Diritti, libertà fondamentali e disciplina del contratto: modelli a confronto*, in *Giust. civ.*, n. 1/2018, 5 ss.

⁴⁹ Art. 7, c. 1, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, *Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo*, su cui v. *infra*.

⁵⁰ Cfr. A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubb.*, n. 1/2018, 121-139; G. ORSONI, E. D'ORLANDO, *Nuove prospettive dell'amministrazione digitale: Open Data e algoritmi*, in *Ist. fed.*, n. 3/2019, 593-617.

LE RESPONSABILITÀ DELLE ORGANIZZAZIONI PUBBLICHE

La nuova prospettiva digitale presuppone di ripensare il rapporto giuridico amministrativo tra l'amministrazione e il privato, in particolare in ambito contrattuale, quando il privato è operatore economico, in una nuova e diversa prospettiva.

Il rapporto giuridico amministrativo che ne consegue sembra fondare una responsabilità dell'organizzazione per violazione degli indicati principi⁵¹, collocandosi in continuità con un percorso di progressiva estensione della responsabilità della pubblica amministrazione verso i cittadini, le imprese e le organizzazioni complesse, ma oggi in una prospettiva che deve necessariamente innovarsi.

Da tempo si è riconosciuta la responsabilità dello Stato e degli enti pubblici per i danni causati dai propri agenti, e, sebbene solo in via speciale, anche la responsabilità personale di talune categorie di funzionari pubblici⁵².

Si sono nel tempo sviluppati sistemi normativi e orientamenti giurisprudenziali su differenti ambiti di responsabilità della pubblica amministrazione verso i terzi, dei funzionari verso i terzi e dei funzionari verso l'amministrazione⁵³.

⁵¹ V. Cons. St., sez. III, sent. 10 luglio 2019, n. 4870; T.A.R. Emilia-Romagna sez. Parma, 16 dicembre 2020, n. 243, in materia di controlli sulla pianificazione delle misure precauzionali per la salute e la sicurezza dei lavoratori da parte del datore di lavoro privato e pubblico, al quale è ricollegabile una "responsabilità dell'organizzazione" conseguente ad un cattivo esercizio dei poteri decisionali e in relazione all'unità produttiva.

⁵² E. CASETTA, *L'illecito degli enti pubblici* Giappichelli, Torino, 1953; Id., *Responsabilità della Pubblica Amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, 219 ss. F. SATTÀ, *Responsabilità della pubblica amministrazione*, Vol. XXXIX, 1988, Milano, 1369-1381. Si v. R. ALESSI, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, III ed., Milano, 1955, spec. 60 ss.; Id., *La responsabilità della pubblica amministrazione nell'evoluzione legislativa più recente*, in *Rass. dir. pub.*, n. 3-4/1949, 218 ss. e in *Scritti Minori*, Giuffrè, Milano, 1981, 411 ss.; G. GRECO, *La responsabilità civile dell'amministrazione e dei suoi agenti*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F. A. ROVERSI MONACO, F. G. SCOCA, in *Diritto amministrativo. Vol. I, Parte generale*, II ed., Milano, 2005, 907 ss. Si v. più di recente in giurisprudenza: Cass. civ., 16 maggio 2019, n. 13246 e sul tema v.: C. DE NICOLA, *Illecito del dipendente e imputazione della responsabilità alla pubblica amministrazione*, in *questa Rivista*, n. 4/2021, 917-949; si v. anche: G. MANNUCCI, *La Costituzione « dimenticata » le responsabilità proprie dei funzionari*, in *Riv. trim. dir. pub.*, n. 1/2021, 361-378.

⁵³ Si rinvia alla trattazione del noto convegno di Napoli del 1963 i cui atti sono stati pubblicati in AA.VV., *Atti del convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, Milano, 1965 ed i successivi: AA.VV., *La responsabilità per lesione di interessi legittimi*, Atti della Tavola Rotonda di Roma (Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma, 24 aprile 1982), in *Foro amm.*, n. 9-10/1982, 1671-1719 e AA.VV., *Risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi*, Atti del XLIII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione (Varenna - Villa Monastero, 18-20 Settembre 1997), Milano, 1998.

GABRIELLA M. RACCA

Le responsabilità delle pubbliche amministrazioni sono state ricondotte all'organizzazione (apparato), secondo differenti configurazioni.

Si è considerato che la responsabilità dell'organizzazione conseguisse all'adozione e all'esecuzione dell'atto amministrativo in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione considerate come “*limiti esterni alla discrezionalità*”⁵⁴.

Evoluzione che consente di ripensare una responsabilità dell'organizzazione secondo una prospettiva già offerta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia UE, laddove, superando la nozione di *culpa in re ipsa* e configurando una responsabilità “dell'apparato”⁵⁵, ha affermato la responsabilità oggettiva insita nella violazione delle norme europee sulla selezione del contraente, con ciò escludendo la possibilità di richiedere la prova della colpa (del funzionario) o addirittura di ammettere la prova dell'assenza di colpa⁵⁶. L'affermazione della responsabilità precontrattuale, o meglio “da scorrettezza dell'amministrazione” è stata quindi progressivamente ricondotta all'esigenza di adeguamento della disciplina

⁵⁴ Cass. civ., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, Com. di Fiesole c. Vitali. Per le ricostruzioni a vent'anni dalla pronuncia si rinvia al Convegno: *A 20 anni dalla sentenza n. 500/1999: attività amministrativa e risarcimento del danno*, Consiglio di Stato, Roma, 16 dicembre 2019.

⁵⁵ Com'è noto, l'orientamento tradizionale (cfr. Cass. civ., sez. un., 22 maggio 1984, n. 5361; Cass. Civ., sez. III, 9 giugno 1995, n. 6542) è stato superato mediante la definizione di indici identificativi della colpa, ricondotti all'amministrazione, intesa come apparato, e non al funzionario agente, che si identificano nella “*violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione amministrativa deve ispirarsi e che [...] si pongono come limiti esterni alla discrezionalità*”. Per le ricostruzioni ed i limitati effetti, a vent'anni dalla pronuncia, si v. il Convegno: *A 20 anni dalla sentenza n. 500/1999: attività amministrativa e risarcimento del danno*, Consiglio di Stato, Roma, 16 dicembre 2019.

⁵⁶ Corte di giustizia UE, 30 settembre 2010, C-314/09, *Stadt Graz c. Strabag AG*, che con riferimento all'elemento della colpa ha rilevato la maggiore gravosità dell'onere probatorio connesso al rimedio risarcitorio rispetto a quello d'annullamento, affermando che l'assoggettamento del diritto al risarcimento al carattere colposo della condotta può risultare in contrasto con il diritto dei cittadini europei ad un rimedio rapido ed efficace, quand'anche l'onere della prova sull'elemento soggettivo sia imposto all'amministrazione, da cui è derivata la qualificazione della responsabilità dell'amministrazione come responsabilità oggettiva, con presunzione di colpa non sovvertibile a garanzia dell'effettività del rimedio risarcitorio. Cfr.: S. CIMINI, *La colpa è ancora un elemento essenziale della responsabilità da attività provvedimentale della p.a.? Corte giustizia Unione Europea sez. III Sentenza, 30 settembre 2010, n. 314*, in *Giur. it.*, 664-674; C. FELIZIANI, *Responsabilità della pubblica amministrazione senza colpa? Riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte di giustizia*, in *Foro amm.*, 2011 3015-3044; C. E. GALLO, *La responsabilità della stazione appaltante nella conduzione del procedimento di gara ed il problema della colpa*, in L. BALUCANI, A. CAROZZO, C. E. GALLO (a cura di), *Il risarcimento del danno negli appalti pubblici*, Torino, 2014, 9 ss.; G. M. RACCA, S. PONZIO, *Evoluzioni sulla responsabilità precontrattuale delle pubbliche amministrazioni*, nota a Cass., Sez. I, sentenza 12 maggio 2015, n. 9636, in *Giur. It.*, 2015, 1963-1977.

LE RESPONSABILITÀ DELLE ORGANIZZAZIONI PUBBLICHE

nazionale a quella europea che, in materia di contratti pubblici, era parsa subordinare l'interesse della parte pubblica all'interesse di un mercato concorrenziale, in cui il partecipante alla gara diviene titolare di una posizione soggettiva direttamente tutelata, avente ad oggetto il corretto adempimento della procedura, e ciò anche indipendentemente da un affidamento nell'esito positivo della procedura selettiva⁵⁷.

Sembra dunque necessaria una interpretazione innovativa del principio collaborativo e del canone di buona fede, seppur già da tempo non ignorati nell'attività amministrativa⁵⁸. La giurisprudenza ha riconosciuto il fondamento costituzionale dell'obbligo di correttezza precontrattuale della pubblica amministrazione — nell'ottica del più generale dovere di solidarietà (art. 2 Cost.) — finalizzato alla tutela della libertà di autodecisione negoziale degli aspiranti contraenti⁵⁹.

⁵⁷ G. M. RACCA, *Sindacato sulla decisione di non procedere all'aggiudicazione di un appalto pubblico (recesso dalle trattative) e responsabilità precontrattuale*, nota a Corte di giustizia CE, sez. VI, 18 giugno 2002 (causa C-92/00), *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs- Gesellschaft mbH (HI) c. Stadt Wien*, in Foro amm. CDS, n. 9/2002, 1976 ss.

⁵⁸ F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, cit.; F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995; Più di recente: M. TRIMARCHI, *Sulla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in corso di pubbl. in questa Rivista; G. MANNUCCI, *Una svolta a metà sull'affidamento*, Nota a Cons. Stato, Ad. Plen., 29 novembre 2021, n. 20, in *Giorn. dir. amm.*, n. 3/2022, 345-354; C. NAPOLITANO, *Potere amministrativo e lesione dell'affidamento: indicazioni ermeneutiche dall'Adunanza Plenaria*, in *Riv. giur. ed.*, n. 1/2022, 3-36; G. SERRA, *Legittimo affidamento del privato nei confronti della p.a. e riparto di giurisdizione: la storia infinita, in federalismi.it*, n. 17/2021, 192-218; S. PUDDU, *La tutela dell'affidamento del cittadino nel quadro delle trasformazioni del sistema amministrativo*, in *Resp. civ. prev.*, n. 5/2021, 1767-1781; G. GUGLIELMI, *Responsabilità e pubblica amministrazione: nuovi confini tra pubblico e privato?*, in *Resp. civ. prev.*, n. 3/2021, 988-1010; F. ROSELLI, *Appunti sull'affidamento come principio generale vincolante anche i soggetti pubblici*, in *Giust. civ.*, n. 2/2021, 377 ss. Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2018, 823 ss.; C. E. GALLO, *La lesione dell'affidamento sull'attività della pubblica Amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2016, 564 ss.

⁵⁹ Si v. Cass. civ. sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188 e da ult. Ad. Plen. 4 maggio 2018, n. 5, con nota di A. DI MAJO, *Il contatto sociale. La culpa in contrahendo tra contratto e torto*, nota a Cassazione civile, Sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, in *Giur. it.*, n. 12/2016, 2565-2572. Si richiama l'orientamento precedente all'impianto costituzionale che interpretava il dovere di correttezza precontrattuale di cui all'art. 1337 c.c. come espressione della solidarietà "corporativa", dovere amplificato dal previgente art. 1775 c.c., (poi modificato dall'art. 3, d.lgs. Lgt. 14 settembre 1944, n. 287) che richiamava testualmente "le regole della correttezza in relazione ai principi della solidarietà corporativa". Si v. in particolare il par. 612 della Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice Civile del 1942: "È dominata dall'obbligo di correttezza e da quello di buona fede (in senso oggettivo) la materia delle trattative contrattuali [...] Questo obbligo esige dai soggetti di un rapporto contrattuale, nella sfera del rapporto stesso, un comportamento ispirato dal senso della probità, sia nella rappresentazione leale e non cavillosa dei diritti e degli obblighi che ne derivano, se nel modo di farli valere o di osservarli, con riguardo in ogni caso

La crescente estensione dei pregiudizi risarcibili consente di ravvivare un principio che impone alla pubblica amministrazione uno specifico obbligo di collaborazione e buona fede verso un privato, che è operatore economico, professionista, organizzazione complessa e non un semplice cittadino, o parte debole ⁶⁰.

La recente disciplina connessa alla transizione digitale induce a ritenere che la buona fede oggi richiesta alle pubbliche amministrazioni e ai privati si arricchisca di contenuti peculiari che la differenziano da quella di cui al codice civile, intesa come mero limite all'autonomia privata (anche della pubblica amministrazione, come limite esterno alla sua discrezionalità) ⁶¹. Neppure pare possa intendersi solamente come norma atipica, come nei rapporti di diritto comune, con il limitato sindacato esterno del giudice ordinario che anche nei rapporti tra privati non ha avuto significativi sviluppi ⁶².

618

*allo scopo che il contratto vuole soddisfare, all'armonia degli interessi delle parti e di quelli superiori della Nazione, i quali richiedono una pacifica collaborazione produttiva". Sulla funzionalizzazione del negozio all'utilità sociale si v. C. M. BIANCA, *Il contratto*, in *Diritto civile*, vol. III, Giuffrè, Milano, 2015, 450 ss. Si v. da ult. Cons. Stato, Sez. VI, 6 marzo 2018, n. 1457, laddove si richiamano i principi di correttezza e buona amministrazione di cui all'art. 97 della Costituzione come rivolti alla "creazione di un contesto idoneo a consentire l'intrapresa di iniziative private, anche al fine di accrescere la competitività del Paese nell'attuale contesto internazionale, secondo la logica del confronto e del dialogo tra P.A. e cittadino", con un'evoluzione del modello costituzionale che "impone di tener conto che l'attività amministrativa produce sempre un "impatto" sulla sfera dei cittadini e delle imprese (ne è confermata l'emersione del principio di accountability)".*

⁶⁰ A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, cit., 1-25. Il progressivo ridimensionamento dell'esigenza di porre un argine (una "rete di contenimento") al risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi è stato evidenziato da F. D. BUSNELLI, *Lesione di interessi legittimi: dal "muro di sbarramento" alla "rete di contenimento"*, in *Danno e resp.*, 1997, 269 ss. e successivamente: ID., *La responsabilità per esercizio illegittimo della funzione amministrativa vista con gli occhiali del civilista*, in *questa Rivista*, n. 4/2012, 531-565, spec. 548: "Il superamento del « muro » ad opera della sentenza 500 non ha provocato le paventate conseguenze eversive [...] quali l'aggravamento, non prevedibile nella sua misura, della responsabilità della pubblica Amministrazione [...]" anche ad opera di "una giurisprudenza amministrativa capace di affermare che « non sono meritevoli di tutela risarcitoria i pregiudizi consistenti in meri disagi, fastidi, disappunti e ogni altro tipo di insoddisfazione concernente gli aspetti più disparati della vita quotidiana".

⁶¹ A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. Scialoja Branca*, art. 1175, Bologna, Roma, 1988, 284 ss.

⁶² L'orientamento prevalente nella giurisprudenza civile riconosce il risarcimento del danno precontrattuale tra privati nei limiti dell'interesse negativo (sempre articolato nelle due componenti del danno emergente e del lucro cessante), vale a dire nel risparmio di spese che si sarebbe realizzato e delle altre favorevoli occasioni di guadagno che si sarebbero potute verificare. Tuttavia, è possibile che le componenti dell'interesse negativo equiparino — o, addirittura, superino — l'interesse positivo: P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale: il « quantum »*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 487 ss. e anche, di recente: ID., *Responsabilità precontrattuale -*

LE RESPONSABILITÀ DELLE ORGANIZZAZIONI PUBBLICHE

Anche verso i privati si delineano, talvolta, degli obblighi di cooperazione verso l'amministrazione — come in materia di *cooperative compliance*⁶³ — che per il cittadino costituiscono espressione del generale dovere di fedeltà alla Repubblica, mentre, come noto, al funzionario pubblico che opera come pubblica amministrazione si richiedono oltre alla fedeltà, anche disciplina e onore (art. 54 Cost.)⁶⁴.

La buona fede dell'amministrazione integra e al tempo stesso è integrata dagli altri principi dell'attività amministrativa, con una particolare qualificazione, normalmente non estesa al privato e all'operatore economico. Riferito all'amministrazione pubblica, il principio di correttezza appare integrato dai valori costituzionali enunciati dall'art. 97 Cost., che nella correttezza trovano la regola dei rapporti con i destinatari della sua attività. La correttezza dell'amministrazione, affermatasi quale evoluzione dei principi di buon andamento e imparzialità — inizialmente, interpretato quale divieto di discriminazione — trova specificazione nei vincoli che l'amministrazione è tenuta a rispettare nei rapporti con i terzi, tra i quali: gli obblighi di pubblicità, di non aggravamento del procedimento e il dovere di comportarsi secondo buona fede che impone di adoperarsi ai fini di salvaguardare l'interesse della controparte, nei limiti dell'eccessivo sacrificio⁶⁵. Sicché, nella recente

619

il quantum nella responsabilità precontrattuale, nota a Cass. civ. Sez. II Ord., 27 ottobre 2021, n. 30186, in Giur. It., n. 5/2022, 1084 ss. La peculiarità dei contratti pubblici, come ricordato, è riconducibile ai principi ed alla formalizzazione della disciplina delle trattative, che talora consente di affermare il diritto all'aggiudicazione: così già nel 2000, La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza, cit., spec. 106 ss.; Id., La quantificazione del danno subito dai partecipanti alle procedure selettive per l'affidamento di appalti pubblici, in questa Rivista, n. 1/1998, 156-166; Id., Correttezza (diritto amministrativo), in S. CASSESE (Dir.), in Dizionario di Diritto Pubblico, Milano, 2006, II, 1529-1536, spec. 1532.

⁶³ D.lgs. 5 agosto 2015, n. 128, Disposizioni sulla certezza del diritto nei rapporti tra fisco e contribuente, in attuazione degli articoli 5, 6 e 8, comma 2, della legge 11 marzo 2014, n. 23. Cfr. A. F. URICCHIO, *L'accertamento tributario*, Torino, 2014; L. STRIANESE, *La tax compliance nell'attività conoscitiva dell'Amministrazione finanziaria*, Aracne, Roma, 2014 e più di recente: A. TROPEA, *I profili giuridici dell'adempimento collaborativo*, in *Riv. trim. dir. trib.*, n. 3-4/2017, 789-817.

⁶⁴ F. MERLONI, R. CAVALLO PERIN (a cura di), *Al servizio della nazione, Etica e statuto dei funzionari pubblici*, Milano, 2009.

⁶⁵ V. anche art. 1 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea. Si v. M. DOGLIANI, C. GIORGI, *Costituzione italiana: articolo 3*, Roma, 2017; D. SCHEFOLD, *Il rispetto della dignità umana nella giurisprudenza costituzionale tedesca*, in E. Ceccherini (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, Napoli, 2008, 122 ss. Cons. Stato, Ad. Plen., sent. 4 maggio 2018, n. 5, con nota di S. FOÀ, M. CALDERARO, *Responsabilità precontrattuale della P.a. tra correttezza e autodeterminazione negoziale*, cit., 1598.

prospettazione giurisprudenziale, la “funzione” del dovere di correttezza non appare più tanto o solo quella di favorire la conclusione di un contratto valido e socialmente utile, quanto quella di tutela della libertà di autodeterminazione negoziale, cioè di quel diritto (espressione a sua volta del principio costituzionale che tutela la libertà di iniziativa economica, art. 41 Cost.) di autodeterminarsi liberamente nelle proprie scelte negoziali, senza subire interferenze illecite derivanti da condotte di terzi connotate da slealtà e scorrettezza, quindi funzionale al dispiegamento del principio concorrenziale ⁶⁶.

Le recenti pronunce sulla responsabilità precontrattuale accolgono il riconoscimento della necessità di un rapporto corretto fin dalla pubblicazione del bando e non solo dopo l’aggiudicazione, accogliendo la prospettazione di trattative parallele condotte sulla base di principi e di una disciplina specifica ⁶⁷.

Si riconosce inoltre la necessità della correttezza e coerenza nell’esecuzione, conformemente alla scelta concorrenziale fatta nella selezione, che non può essere modificata in sede di esecuzione ⁶⁸, oltre ai limiti ammessi come “non significativi”, che non determinano “*material amendments*”.

La posizione della pubblica amministrazione risulta dunque asimmetrica rispetto a quella del privato, cittadino e operatore economico, e proprio per questo e per la qualità degli interessi pubblici perseguiti è richiesta una correttezza che risulta “rafforzata” e peculiare rispetto a

⁶⁶ Distingue l’autonomia negoziale e il dovere di correttezza della pubblica amministrazione rispetto alla discrezionalità amministrativa: M. S. GIANNINI, *La responsabilità precontrattuale dell’amministrazione pubblica*, in *Urb. e app.* 1962, 303 ss., poi in *Scritti in onore di A. C. Jemolo*, Giuffrè, Milano, 1963, III, 263 ss. Si v. anche la Relazione dell’A. negli *Atti del convegno nazionale sull’ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, cit., 511-521, ove si considera che la cosiddetta responsabilità per violazione di interesse legittimo possa richiamare la responsabilità precontrattuale. Cfr. G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali*, Jovene, Napoli, 2012; E. SCOTTI, *Liceità, legittimità e responsabilità dell’amministrazione*, Jovene, Napoli, 2012.

⁶⁷ Cons. St., Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5, e ripreso dalle Ad. Plen. nn. 19, 20 e 21 del 2021, che accoglie le prospettazioni proposte: G. M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., 41 ss.

⁶⁸ Cons. St., Ad. Plen. 2 aprile 2020, n. 10, come già sostenuto in: R. CAVALLO PERIN, G. M. RACCA, *La concorrenza nell’esecuzione dei contratti pubblici*, cit., 325-354; Id., *Material Amendments of Public Contracts during their Terms: From Violations of Competitions to Symptoms of Corruption*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, n. 4/2013, 279-293. Cfr. C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, spec. 240 ss. Si v.: F. G. SCOCA, *L’interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, 316 ss.

LE RESPONSABILITÀ DELLE ORGANIZZAZIONI PUBBLICHE

quella richiesta ai privati⁶⁹. È asimmetrica rispetto alla responsabilità precontrattuale tra privati. Qui sono i rapporti con i terzi che incrementano un obbligo di correttezza che diviene più forte.

L'ordinamento richiede, nei rapporti con la pubblica amministrazione, una buona fede "rafforzata" che risulta in parte tipizzata dalle norme procedurali da osservarsi ove non si voglia incorrere in scorrettezza, ed in parte resta atipica e include la coerenza e non contraddittorietà nel rispetto delle norme di azione e della disciplina della selezione.

Le norme sulla correttezza nelle trattative sono sicuramente definite *per relationem* dalle norme di azione sulla conduzione delle trattative, ma non si esauriscono in esse. L'atipicità non è solo data dal vizio di eccesso di potere, che con le figure sintomatiche ha ottenuto nel tempo la sua relativa tipicità, ma dagli imprevedibili comportamenti in cui incorre l'amministrazione.

Non è più un limite esterno rispetto all'esercizio dei poteri ma caratterizza e pervade tutti i comportamenti e gli atti della parte pubblica per lo svolgimento di trattative parallele.

Ma l'intelligenza artificiale consente di rilevare nel tempo i comportamenti dovuti nella fase delle trattative precontrattuali, tenendo conto dell'evoluzione della coscienza sociale, attraverso una specificazione delle sanzioni avverso i comportamenti difforni in un dato contesto economico sociale. Perciò si può affermare che l'intelligenza artificiale può offrire soluzioni predittive che sono capaci di definire un nuovo elenco di "figure sintomatiche" della scorrettezza in ragione dei più frequenti tipi di trattativa. Impostazione che permette anche di superare la principale obiezione al modello della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione, come avente natura giuridica contrattuale (*rectius*, da inadempimento)⁷⁰. La correttezza richiesta nel procedimento di scelta del contraente non è qualificabile come generico dovere di condotta ma, come richiamato, appare qualificata ed esprime un obbligo preciso di collaborazione tra soggetti determinati, che sono le

⁶⁹ M. CLARICH, Seminario: *Il principio di correttezza e buona fede nel diritto amministrativo*, Osservatorio sui mutamenti del diritto amministrativo, Sapienza Università di Roma, 15 marzo 2022.

⁷⁰ Per la natura giuridica aquiliana della responsabilità precontrattuale dell'amministrazione: E. PARISI, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in G. CASSANO, N. POSTERARO, *Le responsabilità della pubblica amministrazione*, Milano, 2020, 229-251.

parti coinvolte nelle trattative parallele o multiple volte all'aggiudicazione del contratto.

Il comportamento della parte pubblica risulta correlato al perseguimento dell'interesse pubblico e all'esercizio anche mediato di fatto e preparatorio del potere pubblico, che consente di superare e ricomporre le diverse questioni di giurisdizione, poiché si può affermare che il giudice amministrativo ha giurisdizione sulle trattative, a prescindere dall'ambito della sua giurisdizione esclusiva⁷¹. La stessa collocazione, nella legge generale sul procedimento, induce a ritenere che le questioni giuridiche correlate all'obbligo di correttezza sono anzitutto connesse all'esercizio della funzione pubblica e in quanto tali vanno considerate⁷². Si tratta di affermare anche verso la pubblica amministrazione i generali obblighi di protezione e prestazione devono conformarsi ai rinnovati principi di collaborazione e buona fede, sicché la loro violazione determina "responsabilità per inadempimento", trattandosi di obblighi generati dal rapporto giuridico amministrativo instaurato con la pubblicazione del bando e la presentazione delle offerte⁷³.

622

L'accertamento della legittimità del provvedimento presuppone l'indagine circa l'eventuale sussistenza di vizi dell'atto, orientando il giudizio sulla condotta verso il "comportamento complessivo" dell'amministrazione, comprensivo anche di fatti non evincibili dal puntuale esame degli atti amministrativi. Si tratta, come sostenuto da tempo, di una responsabilità non da provvedimento, ma da comportamento, seppure sempre nell'ambito dell'esercizio di un pubblico potere in cui il giudizio sull'illegittimità si distingue da quello sulla responsabilità pur potendo, per certi versi, sovrapporsi, ma che in ogni caso si riferisce pur sempre all'esercizio del potere, talora annullabile, talora unicamente risarcibile o viceversa⁷⁴. L'indagine circa il "comportamento" amministrativo si in-

⁷¹ F. G. SCOCA, *Fondamento e tutela delle posizioni soggettive*, intervento al Convegno: *I principi di diritto amministrativo italiano tra innovazione e tradizione*, Sapienza Università di Roma, 9 giugno 2022, Presentazione del volume: A. ROMANO (a cura di), *Manuale di Diritto amministrativo*, Torino, 2022.

⁷² Art. 7, c. 1, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, cit.

⁷³ Si v.: A. ROMANO TASSONE, *La responsabilità della P.A. tra provvedimento e comportamento (a proposito di un libro recente)*, in *questa Rivista*, n. 2/2004, 209-229, già Relazione al Convegno del 13 novembre 2003 presso il Consiglio di Stato in occasione della presentazione del volume R. GAROFOLI, G. M. RACCA, M. DE PALMA, *La responsabilità della pubblica amministrazione e il risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Milano, 2003.

⁷⁴ A. ROMANO TASSONE, *La responsabilità della P.A. tra provvedimento e comportamento (a proposito di un libro recente)*, cit., 209 ss.; A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di*

LE RESPONSABILITÀ DELLE ORGANIZZAZIONI PUBBLICHE

centra sull'esame della violazione delle medesime norme; ma, nel primo caso, per accertare la sussistenza dei vizi di legittimità tali da determinare l'annullamento dell'atto; nel giudizio di responsabilità, invece, perché tali norme costituiscono un parametro del comportamento corretto cui si è obbligati ⁷⁵.

Pare dunque possibile ricomporre ad unità gli orientamenti che ricostruiscono la buona fede come obbligo di protezione e come funzione amministrativa in quanto espressione della correttezza e del buon andamento dell'azione amministrativa ⁷⁶.

La violazione delle norme nazionali ed europee che definiscono il comportamento corretto che si è obbligati a adottare nelle procedure pubbliche di selezione del contraente, pertanto, si configura come inadempimento degli obblighi sorti con l'instaurazione del rapporto giuridico amministrativo tra stazione appaltante e operatore economico nella menzionata prospettiva collaborativa (e digitale) ⁷⁷.

diritto. Per una giustizia « non amministrativa » (Sonntagsgedanken), Milano, 2005, 159 e ss.; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 180 e ss. Non è escluso che i giudizi sulla legittimità degli atti e sulla conformità a correttezza possano sovrapporsi: nel giudizio di responsabilità, l'illegittimità degli atti può assumere rilevanza quale circostanza sintomatica della scorrettezza realizzata dell'amministrazione. Sul tema v. *amplius*: G. M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., 358. Si v. anche in giurisprudenza, da ult. Cons. St., Sez. V, 11 aprile 2022, n. 2709; T.A.R. Lazio, sez. Roma, sez. III, 7 luglio 2022 n. 9338.

⁷⁵ A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia « non amministrativa » (Sonntagsgedanken)*, cit., 163, secondo cui il binomio legittimità/liceità potrebbe dar luogo a entrambe le ipotesi di antiguridicità, e tra queste l'interessato potrebbe scegliere quale far valere davanti al giudice. Nell'accertamento della scorrettezza precontrattuale, gli atti di cui sia stata accertata l'illegittimità possono rilevare come fatti dai quali può desumersi la contraddittorietà del comportamento, che può peraltro rilevarsi *aliunde*, anche grazie alla previsione di più numerosi mezzi di prova. Sul punto v. A. ROMANO TASSONE, *La responsabilità della P.A. tra provvedimento e comportamento (a proposito di un libro recente)*, cit., 209 ss.

⁷⁶ Cfr. A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, cit., 121-139. Cfr. A. ROMANO, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, in L. MAZZAROLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, *Diritto Amministrativo*, Bologna, 2005, Vol. I, 208 e ss. L'individuazione di un "vizio tipico" costituisce il presupposto per l'annullamento e l'illegittimità è più propriamente ricondotta alla violazione delle c.d. norme d'azione che disciplinano lo svolgimento di poteri amministrativi: R. CAVALLO PERIN, *Giurisdizione Ordinaria e Pubblica Amministrazione: l. 20 marzo 1865, n. 2248. Abolizione del contenzioso amministrativo, art. 2 sez. II, Il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Commento Breve alle Leggi sulla Giustizia Amministrativa*, III ed., Padova, 2009, 16-32.

⁷⁷ La "dimensione relazionale che caratterizza i rapporti tra la p.a. e il cittadino, ricavandosene un'indicazione di responsabilità contrattuale" è evidenziata da: C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile per la Pubblica Amministrazione*, cit., 647-669 e più di recente anche dalla giurisprudenza amministrativa: T.A.R. Campania, sez. Napoli, sez. I, 19 febbraio 2020, n. 803

Prospettiva che, come ampiamente sostenuto in passato, “*determina obblighi reintegratori (di correzione) o risarcitori (per equivalente) a titolo di responsabilità precontrattuale*” secondo “*un’interpretazione adeguatrice dell’art. 1337 cod. civ. che, superando gli orientamenti precedenti, risulta conforme alla disciplina posta dalle direttive europee*”⁷⁸.

È sufficiente qualificare la natura giuridica della responsabilità come “*da inadempimento*” di obbligazioni sorte sulla base di un rapporto giuridico amministrativo negoziale⁷⁹, per superare la prospettazione del mero “*contatto sociale*”⁸⁰. L’inadempimento in esame viola una posizione soggettiva che è stata connessa, anche mediamente, all’esercizio

e spec. Cons. St., sez. V, 2 maggio 2017, n. 1979 che ha ricondotto la responsabilità precontrattuale dell’amministrazione ad una “*responsabilità c.d. contrattuale da inadempimento di una obbligazione di protezione*”; T.A.R. Lazio, sez. Roma, sez. II, 20 settembre 2017, 847. Riconduce la responsabilità precontrattuale al modello dell’illecito aquiliano: M. TRIMARCHI, *Sulla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, cit., e, in senso conforme: Cons. St., Ad. Plen., 23 aprile 2021, n. 7.

⁷⁸ Così fin dal 2000: G. M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., 351. Cfr. le recenti aperture volte a superare la natura giuridica aquiliana e accogliere la natura giuridica da inadempimento della responsabilità da scorrettezza: F. G. SCOCA e V. NERI, interventi su *Rapporto procedimentale e responsabilità della p.a. Profili di giurisdizione* al Convegno: *Questioni controverse di diritto amministrativo. Un dialogo tra Accademia e Giurisprudenza*, Roma, Consiglio di Stato, 1° aprile 2002.

⁷⁹ Sul tema si v. ampiamente: A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen kontakts: La resistibile ascesa del contatto sociale*, in *Riv. Dir. civ.*, 2013, 74-108 e ID., “*Contatto sociale*” e affidamento, attori protagonisti di una moderna commedia degli equivoci, in *Jus Civile*, n. 3/2017, 185-193. Il richiamo al par. 311 (2) BGB, a seguito della riforma tedesca del diritto delle obbligazioni del 2002, evidenzia la scelta normativa di attribuire natura contrattuale alla responsabilità precontrattuale, escludendo che un generico “*contatto non negoziale*” possa essere considerato fonte di obbligazioni. Si v. più di recente: A. ZACCARIA, *Verdamnte Zeiten (tempi maledetti)* e C. SCOGNAMIGLIO, *Il contatto sociale qualificato (ri)approda in Cassazione*, entrambi in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 5/2020, 1148-1168. In tema di responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione, si v. le note critiche di A. DI MAJO, *Il contatto sociale. La culpa in contrahendo tra contratto e torto*, nota a Cassazione civile, Sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, in *Giur. it.*, n. 12/2016, 2565-2572. Il richiamo al “*contatto sociale qualificato*” in presenza di una situazione di affidamento nel perfezionamento del rapporto instaurato con la pubblica amministrazione rende “*inutile il richiamo al contatto sociale, essendo sufficiente il ricorso all’obbligo ex lege di buona fede derivante dal contratto già stipulato inter partes*”. Secondo l’A., il rischio è di utilizzare una nozione “*incerta e non esente da ambiguità*”, come quella del “*contatto sociale qualificato in fattispecie o settori, ove soccorre più facilmente la norma di legge, quale fonte di un obbligo specifico, come quello di buona fede e correttezza e, per il suo tramite, “di obblighi di protezione”, che della buona fede intendono esprimere la forma concreta di tutela*”. Si v. P. CHIRULLI, *Responsabilità da comportamento, rapporto annuale 2011*, in *Ius Publicum Network Review*, 2011.

⁸⁰ Si v. anche: L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, 361 ss. ora in *Scritti, Obbligazione e negozio*, Giuffrè, Milano, 2011, 267-282, spec. 268 che richiama la distinzione tra doveri relativi, propri della responsabilità contrattuale (tra cui ricade quello di buona fede) e doveri assoluti, tipici del modello extracontrattuale; S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1947, spec. 105.

LE RESPONSABILITÀ DELLE ORGANIZZAZIONI PUBBLICHE

del potere pubblico e quindi attratta dalla giurisdizione del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 7 c.p.a. che dà attuazione all'art. 6 CEDU (sulla concentrazione dei processi connessi)⁸¹.

Anche la giurisprudenza amministrativa che configura la responsabilità da scorrettezza come da fatto illecito aquiliano — per l'asimmetria delle posizioni giuridiche tra amministrazione e cittadino — viene superata dalla riconfigurazione dello strutturato rapporto giuridico amministrativo tra le parti, pubblica e privata⁸².

Risulta infatti evidente che anche di fronte all'asimmetria delle posizioni giuridiche coinvolte nell'esercizio del potere, tutto ciò non elimina, ma al contrario, fonda il riconoscimento del rapporto giuridico sottostante, in cui la posizione dell'amministrazione, deve essere sottoposta a principi di collaborazione e “buona fede rafforzata” che sono parte integrante della disciplina generale dell'azione amministrativa e non può non valere anche con riferimento alle condotte dei privati⁸³.

Una interpretazione innovativa della pubblica amministrazione responsabile, coerente con gli affidamenti suscitati, sembra richiedere il rispetto di peculiari obblighi di correttezza nei rapporti con gli operatori economici ed i cittadini, singoli e associati, il che non può non valere anche con riferimento alle condotte dei privati, seppur in molti casi in posizione non uguale tra loro e con obblighi differenti rispetto alla parte pubblica⁸⁴.

625

⁸¹ Come noto, l'adesione dell'Unione Europea alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) è richiamata dall'art. 6, par. 2, del Trattato UE, che afferma il diritto ad un ricorso giurisdizionale “concreto ed effettivo” (Corte EDU, 4 dicembre 1995, n. 23805/94, *Bellet c. Francia*) al fine di garantire il rispetto del principio della certezza del diritto (Corte EDU, 15 ottobre 2002, n. 55782/00, *Cañete de Goñi c. Spagna*) e richiede la concentrazione dei processi connessi, come corollario derivante dai corollari (primari) della tempestività e dell'effettività della tutela. Si richiama altresì il diritto ad un equo processo (art. 6 CEDU) costituzionalizzato dalla l. cost. 23 novembre 1999, n. 2, nell'art. 111 Cost. (“la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge”). Cfr. F. MERUSI, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna 2012, spec. 113 ss. e più di recente, E. GUARNIERI, *Funzionalizzazione e unitarietà della vicenda contrattuale negli appalti pubblici*, Bologna, spec. 311 ss.

⁸² Si v. da ult: Cons. St., Ad. Plen., 23 aprile 2021, n. 7.

⁸³ F.G. SCOCA, *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani (brevi considerazioni)*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4/2020, 1095 ss.

⁸⁴ Si v. in tal senso: Cons. St., sez. II, 31 dicembre 2020, n. 8546. Si v. V. NERI, *La tutela dell'affidamento spetta sempre alla giurisdizione del giudice ordinario?*, in *Urb e app.*, n. 6/2020, 794 ss. e di recente: Cons. St., Ad. Plen., n. 21/2021: “Concepito in questi termini, il dovere di collaborazione e di comportarsi secondo buona fede ha quindi portata bilaterale, perché sorge nell'ambito di una relazione che, sebbene asimmetrica, è nondimeno partecipata”.

Si fonda così un rinnovato “rapporto giuridico amministrativo” supportato dalla trasformazione digitale da cui promanano obblighi di protezione reciproci, che non si fondano solamente su un generico “contatto sociale” che potrebbe essere riconducibile alla giurisdizione del giudice ordinario⁸⁵, bensì su un rapporto amministrativo qualificato caratterizzato ed espressione della funzione pubblica, con ciò determinando la giurisdizione del giudice amministrativo⁸⁶.

La responsabilità da scorrettezza resta, senza dubbio, per queste sue peculiarità entro la giurisdizione amministrativa, perché comunque connessa anche solo “*mediatamente*” all’esercizio di un potere o ad un’attività funzionalizzata all’interesse pubblico⁸⁷.

⁸⁵ Cass. civ. sez. unite, ord., 28 aprile 2020, n. 8236, che invece rinviene la fonte dell’obbligazione risarcitoria nel “contatto sociale qualificato” ritenuto produttivo di obbligazioni di protezione ex art. 1773 c.c. Seppur inizialmente utile per configurare in chiave contrattuale la responsabilità dell’amministrazione per lesione dell’affidamento, superando le tradizionali interpretazioni restrittive del principio di correttezza, la teorica del “contatto sociale qualificato”, costituisce un’impropria evoluzione del modello della responsabilità per violazione degli obblighi di protezione accessori al rapporto negoziale (C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile per la Pubblica Amministrazione*, cit., 647-669). Si v. per l’analisi delle criticità già sopra rilevate: A. ZACCARIA, “*Contatto sociale*” e affidamento, attori protagonisti di una moderna commedia degli equivoci, cit., 185-193.

⁸⁶ Su cui v. la recente Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 20 del 2021 che risolve il conflitto sul riparto di giurisdizione in materia di responsabilità per lesione dell’affidamento del privato qualificando il risarcimento come “rimedio”, affidato alla giurisdizione del g.a. come “*giudice naturale della legittimità dell’esercizio della funzione pubblica*” in quanto munito di “*poteri idonei ad assicurare piena tutela, e quindi anche una tutela risarcitoria, per equivalente o in forma specifica, per il danno asseritamente sofferto anche in violazione di diritti fondamentali in dipendenza dell’illegittimo esercizio del potere pubblico da parte della pubblica amministrazione*” (Corte cost., 27 aprile 2007, n. 140, in *Foro it.*, n. 1/2008, 435 ss., con nota di G. VERDE, *È ancora in vita l’art. 103, 1° comma, Cost.?*; e in *Giorn. dir. amm.*, n. 11/2007, 1167 ss., con nota di A. BATTAGLIA, *Il giudice amministrativo e la tutela dei diritti fondamentali*). Si v. più di recente gli interventi al Convegno: *I principi di diritto amministrativo italiano tra innovazione e tradizione*, Sapienza Università di Roma, 9 giugno 2022, cit. Si v. G. M. RACCA, S. PONZIO, *Evoluzioni sulla responsabilità precontrattuale delle pubbliche amministrazioni*, cit., 1963-1977; cfr. M. MAZZAMUTO, *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2010, 143 e ss.; ID. *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008.

⁸⁷ Art. 7, c. 1, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, cit. Così: F. G. SCOCA, *Rapporto procedimentale e responsabilità della p.a. Profili di giurisdizione*, intervento al convegno: *Questioni controverse di diritto amministrativo. Un dialogo tra Accademia e Giurisprudenza*, Roma, Consiglio di Stato, 1° aprile 2022. Si v.: Corte Cost., 6 luglio 2004, n. 204 con nota di V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 5 luglio 2004 (osservazioni a primissima lettura)*, in *federalismi.it*, n. 15/2004. ove si precisa che il potere attribuito al g.a. di condannare la P.A. al risarcimento del danno per scorrettezza appare conforme alla piena dignità di giudice riconosciuta al Consiglio di Stato, oltre che al disposto di cui all’art. 24 Cost. che impone di garantire una piena ed effettiva tutela alle situazioni giuridiche soggettive devolute alla giurisdizione amministrativa, cui consegue la

LE RESPONSABILITÀ DELLE ORGANIZZAZIONI PUBBLICHE

L'esercizio del diritto "alla correttezza" dell'amministrazione si può risolvere sul piano processuale, apprestando una tutela piena riservata al privato ricorrente nell'ambito di un solo processo⁸⁸. Impostazione che pare confermata dal codice del processo amministrativo che fonda il criterio di riparto delle giurisdizioni non già sulle situazioni soggettive dedotte in giudizio, ma sul potere dell'amministrazione e quindi sulla esistenza o cattivo esercizio dello stesso⁸⁹. La giurisdizione "unica" del giudice amministrativo sulla responsabilità da scorrettezza assicura una tutela piena ed effettiva al ricorrente secondo i principi costituzionali e del diritto europeo per garantire la concentrazione della tutela richiesta dalla richiamata transizione digitale (art. 6, CEDU)⁹⁰.

4. *Verso una buona amministrazione digitale e responsabile.* — La transizione digitale richiede la configurazione di una nuova responsabilità per violazione dei principi di collaborazione e buona fede che può definirsi come responsabilità da "scorrettezza generalizzata", che richiede la coerenza e non contraddittorietà dei comportamenti e degli atti procedurali funzionalizzati e connessi all'esercizio di un potere pubblico, di una funzione, di un interesse pubblico. Una responsabilità che si fonda e richiede una nuova "attività conoscitiva digitale" che verifichi dati e fatti e assicuri l'adeguatezza dell'organizzazione pubblica rispetto

627

necessità che il giudice medesimo sia munito di adeguati poteri. In tale prospettiva, peraltro, il risarcimento del danno non si qualifica come "nuova materia" bensì come strumento di tutela ulteriore rispetto al rimedio classico demolitorio e/o confermativo. In tal senso si v. di recente: Cons. St., Ad.Plen., 29 novembre 2021, n. 20, con nota di G. MANNUCCI, *Una svolta a metà sull'affidamento*, in *Giorn. dir.amm.*, n. 3/2022, 345-354.

⁸⁸ Così: F. G. SCOCA, *Fondamento e tutela delle posizioni soggettive*, intervento al Congresso: *I principi di diritto amministrativo italiano tra innovazione e tradizione* Sapienza Università di Roma, 9 giugno 2022, cit. In senso contrario v. da ult.: Cass. civ., ord. sez. un., 20 gennaio 2022, n. 1778; Cass. civ., sez. un., ord. 29 aprile 2022 n. 13595, orientamento che si rinviene anche nella giurisprudenza amministrativa successiva alle decisioni delle Adunanze Plenarie nn. 7, 19, 20, 21 del 2021: T.A.R. Campania, sez. Napoli, sez. VII, 4 luglio 2022 n. 4477 e spec. T.A.R. Basilicata, sez. Potenza, sez. I, ord., 7 luglio 2022, n. 526, che ha sollevato conflitto di giurisdizione innanzi alle Sezioni unite della Corte di Cassazione avverso la sentenza del giudice ordinario che aveva declinato la giurisdizione su una controversia avente ad oggetto la responsabilità precontrattuale della p.a. Come ricordato, le Sezioni Unite dovranno ricordare l'art. 6 CEDU e considerare la necessità di assicurare la concentrazione dei processi oltre alla connessione anche mediata all'esercizio del potere pubblico, nonché le materie di giurisdizione esclusiva.

⁸⁹ F. G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., 312 ss. e ID., *Divagazioni su giurisdizione e azione risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 1 ss.

⁹⁰ Art. 1, c. 1, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, cit.: "1. La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo".

allo svolgimento delle funzioni ed alla gestione dei rischi, per la soddisfazione dei bisogni sociali⁹¹. Si è detto che tale responsabilità si fonda sul “rapporto giuridico amministrativo qualificato e strutturato”, che integra un rapporto giuridico “negoziale” ove volto alla stipulazione di un contratto in applicazione della disciplina nazionale ed europea. Più esattamente si può affermare che la qualificazione di questo rapporto fonda obblighi di protezione e di prestazione perché l’amministrazione pubblica, a differenza del privato, una volta avviato il rapporto negoziale quantomeno dalla pubblicazione di un bando ha l’obbligo di concludere il contratto, ovvero di annullare o revocare gli atti della procedura, più in generale ha l’obbligo di concludere il procedimento con un provvedimento espresso (atto formale)⁹², ovviamente restando impregiudicato l’esito verso i destinatari. Così l’attività che porta alla stipulazione del contratto pubblico implica la necessità di un recesso dalle trattative con i partecipanti non aggiudicatari e questo recesso, ove conforme alla complessiva disciplina della selezione ed ai relativi principi risulta corretto e legittimo. La possibile legittimità del recesso e la scorrettezza del comportamento non esclude che entrambe le prospettive siano valutabili nell’ambito della funzione pubblica. La sopravvenuta mancanza di risorse, come motivazione del recesso, è da considerare nella prospettiva dell’interesse pubblico e la scorrettezza nel comportamento di una ritardata comunicazione al destinatario è in ogni caso rilevante come violazione dell’obbligo di cooperazione e di buona fede (art. 1, c. 2-bis, l. 7 agosto 1990, n. 241)⁹³.

628

⁹¹ F. LEVI, *L’attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967. Cfr. V. BACHELET, *L’attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967, spec. 33-34, per cui l’attività tecnica, alla luce dell’evoluzione tecnologica in un dato momento storico, può venire in rilievo per la p.a. non solo come strumentale e preordinata all’emanazione di un atto giuridico ma anche come attività “che direttamente realizza la cura di determinati interessi pubblici attribuita alla pubblica amministrazione” in ragione della sua efficacia complessiva “e cioè per la sua capacità globale di corrispondere a regola d’arte alla cura di determinati bisogni pratici della collettività (o della stessa amministrazione)”.

⁹² Per atto autolimitativo: cfr. la giurisprudenza della Corte EDU (sent. 6 marzo 2007, n. 43662/98, Scordino e altri c. Italia) sulla c.d. occupazione acquisitiva, sino alla declaratoria di illegittimità costituzionale dell’art. 43 del D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, *Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità* (Corte cost., 8 ottobre 2010, n. 293).

⁹³ Sin da Cons. St., Ad. Plen. 5 settembre 2005, n. 6, si riconosce il risarcimento del danno per scorrettezza anche in presenza di un atto amministrativo legittimo, nel caso in cui il giudice ravvisi la legittimità della revoca nell’ipotesi di sopravvenuta carenza di finanziamenti, ma consideri la condotta dell’amministrazione contraria a correttezza per non aver tempestivamente comunicato all’aggiudicatario la circostanza ostativa alla stipula del con-

LE RESPONSABILITÀ DELLE ORGANIZZAZIONI PUBBLICHE

L'adeguatezza dell'organizzazione deve assicurare l'assolvimento degli obblighi procedurali di informazione, di pubblicità, di non aggravamento, che costituiscono obblighi di protezione che la parte pubblica deve assolvere per la sua peculiare posizione, ancor più e con connotazioni peculiari ("buona fede rafforzata") rispetto alle altre organizzazioni complesse⁹⁴.

Come ricordato, la digitalizzazione rende evidenti la connessione dei dati e dei fatti incidendo sulla qualità dell'istruttoria e delle connesse attività e responsabilità. Pare quindi necessario anche un ripensamento delle concezioni strutturali della responsabilità come sanzionatoria, preventiva e riparatoria, sempre nella prospettiva di una progressiva estensione. Pare opportuno considerare le prospettive funzionali, verso la definizione di *standard* di azione (efficienza, efficacia ed economicità, con un riequilibrio di posizioni e la conseguente allocazione dei rischi, con individuazione dei costi/benefici, dei profili assicurativi, con analisi dell'impatto delle decisioni, anche giurisdizionali⁹⁵.

tratto. Si v. *ex multis*: Cons. St., sez. V, 3 maggio 2021, n. 3458; T.A.R. Sicilia, sez. Catania, sez. IV, 22 marzo 2021, n. 876; T.A.R. Campania, sez. Napoli, sez. I, 9 gennaio 2018, n. 139; Cons. St., sez. V, 21 aprile 2016, n. 1599.

⁹⁴ Obblighi di protezione gravanti sull'amministrazione che appaiono assai più articolati e pregnanti di quelli gravanti sul contraente nella fase delle trattative precontrattuali, su cui, si veda: F. G. SCOCA, *Per un'amministrazione responsabile*, in *Giur. cost.*, n. 6/1999, 4045-4062, spec. 4045; e più recentemente: *Id.*, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il Processo*, n. 1/2021, 1-46 e *Id.*, *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani (brevi considerazioni)*, cit., 1095 ss. Sull'individuazione di obblighi di protezione della p.a. e delle altre organizzazioni complesse: A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia « non amministrativa » (Sonntagsgedanken)*, cit., 159 ss.; A. ROMANO TASSONE, *La responsabilità della P.A. tra provvedimento e comportamento (a proposito di un libro recente)*, cit., 13. Si richiamano, nella letteratura civilistica: C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, cit., 647-669, spec. 653. Cfr., già: L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, 370; in *Scritti, II, Obbligazioni e negozio*, Milano, 2011, 267-282, spec. 279, per cui, con riferimento agli obblighi prenegoziali che sorgono nei rapporti di diritto comune, ma che paiono estensibili anche al rapporto tra privati e p.a., pare possibile ravvisare degli obblighi (di comunicazione, di trasparenza, di custodia) inerenti alla relazione giuridica, in cui si traduce "l'impegno reciproco delle parti, fissato dall'art. 1337 c.c., di comportarsi secondo buona fede [che] non ha radice nel contratto successivamente concluso, essendo invece indifferente che le parti giungano alla (valida) stipulazione del contratto-scopo".

⁹⁵ S. SICA, *La responsabilità civile tra struttura, funzione e « valori »*, in *Resp. civ. prev.*, n. 4-5/1994, 543-558. Si v. *Id.*, intervento al Convegno: *A 20 anni dalla sentenza n. 500/1999: attività amministrativa e risarcimento del danno*, Consiglio di Stato, Roma, 16 dicembre 2019. Un'indagine di tipo "funzionale" della responsabilità civile, rivolta alla riduzione del costo degli incidenti è, come noto, evidenziata da G. CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, Milano, 1975. Tale funzione può essere scissa in tre sottocategorie: riduzione "primaria" dei costi, mediante il metodo di prevenzione generale e

Trattasi di un bilanciamento e della individuazione di *standard* conseguenti, che necessitano di una ridefinizione periodica, in ragione dei mutamenti del mercato e delle strutture organizzative per essi adeguate, la cui rilevazione può essere data utilmente da strumenti di intelligenza artificiale ⁹⁶.

La correttezza infatti oggi richiede digitalizzazione, analisi dati ed applicazione di algoritmi che assicurino imparzialità e buon andamento per la qualità dei servizi. In questa prospettiva le responsabilità andrebbero imputate all'organizzazione, limitando la responsabilità del funzionario ai casi in cui il suo comportamento sia all'evidenza deviante dagli *standard* funzionali o di servizio, perché l'errore o il danno da applicazione dello *standard* resta un danno dell'ente, assicurato congruamente da quest'ultimo secondo gli indici statistici o predittivi desunti dall'intelligenza artificiale ⁹⁷.

Nella prospettiva già offerta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia UE, le responsabilità dell'organizzazione conducono ad un'evoluzione che potrebbe evitare quei fenomeni di estensione ed abuso della responsabilità civile, di *over compensation* che, soprattutto in passato, si sono verificati quando ad esempio per la consistenza dei risarcimenti, conveniva non vincere la gara e non chiedere di eseguire il contratto pubblico ⁹⁸.

specifica (ad esempio, attraverso l'introduzione di *standard* in materia di sicurezza); riduzione "secondaria" tramite le regole risarcitorie che governano la responsabilità degli agenti (ad esempio, del produttore) e riduzione "terziaria" o tipo efficientistico.

⁹⁶ R. CAVALLO PERIN, *La digitalizzazione e l'analisi dati*, in R. CAVALLO PERIN, M. LIPARI e G. M. RACCA (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni per l'attuazione della legge delega*, cit., 119-131.

⁹⁷ R. CAVALLO PERIN, *Dalle riforme astratte dell'amministrazione pubblica alla necessità di amministrare le riforme*, in *Diritto Pubblico*, n. 1/2021, 73-82; ID., *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *questa Rivista*, n. 2/2020, 305-328.

⁹⁸ Sul profilo del *quantum* risarcitorio, l'applicazione giurisprudenziale del criterio del dieci per cento del valore dell'appalto, in analogia con l'art. 344, l. 20 marzo 1865, n. 2248, All. F, *Legge sulle Opere pubbliche*, ha nel tempo condotto alla potenziale equivalenza della quantificazione dell'interesse negativo a quello positivo, quantificazione che ha nel tempo incentivato prassi distorsive con domande di risarcimento del danno senza la contestuale richiesta di annullamento dell'aggiudicazione, con deviazione superata in Italia dal nuovo codice del processo amministrativo che limita la mera richiesta di risarcimento del danno per equivalente senza contestuale azione caducatoria (art. 121 e 122, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104). Criterio indicativo proposto come orientativo nel 1998 per responsabilizzare le amministrazioni (G. M. RACCA, *La quantificazione del danno subito dai partecipanti alle procedure selettive per l'affidamento di appalti pubblici*, cit., 156-166, spec. 161), poi accolto in giurisprudenza, con successiva estensione della tutela risarcitoria, fino alla progressiva limitazione della quantificazione su cui si v. da ult. l'Ad. Plen. n. 2/2017 del Consiglio di Stato che ha escluso la

LE RESPONSABILITÀ DELLE ORGANIZZAZIONI PUBBLICHE

Il ripensamento del sistema delle responsabilità e dell'assetto dell'amministrazione va perseguito in collegamento con il principio costituzionale di adeguatezza (art. 118 Cost.) che fissa la correlazione tra organizzazione e funzioni che si devono soddisfare. Le organizzazioni pubbliche sono chiamate a soddisfare bisogni sempre più vasti e complessi e per questo devono essere organizzazioni adeguate alla richiamata complessità⁹⁹.

La violazione del principio di adeguatezza giustifica, in tal modo, le limitazioni alla stessa capacità giuridica delle organizzazioni pubbliche complesse e degli enti autonomi. Limiti che, ricavati dall'art. 118 Cost., non pregiudicano l'autonomia agli stessi riconosciuta, ma, al contrario permettono di soddisfare al meglio i bisogni degli amministrati, assicurando la qualità di prestazioni e servizi pubblici che l'ente sceglie o è tenuto ad erogare.

L'autonomia va intesa infatti come assegnata alla pubblica amministrazione nel suo complesso e non necessariamente alle sue diverse articolazioni, affidando l'esercizio di funzioni di servizio all'ente a strutture capaci di assicurare la corretta e tempestiva realizzazione di attività contrattuali e, più in generale, incrementando la qualità dei servizi al cittadino.

L'affermazione costituzionale dell'autonomia, in questa prospettiva, legittima ed anzi rende doveroso, l'esercizio di attività rivolte all'ente pubblico al livello organizzativamente e professionalmente più adeguato, superando le inefficienze e assicurando la qualità delle prestazioni ai cittadini.

Tutto ciò specialmente nella prospettiva della funzione appalti, che nella richiamata transizione digitale, richiede capacità strumentali e

possibilità di ottenere l'equivalente del 10% dell'importo a base d'asta a titolo di risarcimento del danno da perdita di *chance* "sia perché detto criterio esula storicamente dalla materia risarcitoria, sia perché non può essere oggetto di applicazione automatica ed indifferenziata (non potendo formularsi un giudizio di probabilità fondato sull'*id quod plerumque accidit* secondo il quale, allegato l'importo a base d'asta, può presumersi che il danno da lucro cessante del danneggiato sia commisurabile al 10% del detto importo".

⁹⁹ Infatti: "organizzazione e diritto sono aspetti speculari della stessa materia", l'una e l'altra interferendo reciprocamente. Così: Corte cost., 27 novembre 1998, n. 383, in materia di accessi programmati all'Università, cui si afferma anche che: "Non c'è infatti organizzazione che, direttamente o almeno indirettamente, non sia finalizzata a diritti, così come non c'è diritto a prestazione che non condizioni l'organizzazione".

professionali che muovano dalla rilevazione dei fabbisogni fino al completamento dell'esecuzione¹⁰⁰.

La possibilità di accedere a dati e informazioni in misura “aumentata” grazie alla digitalizzazione, richiede, nei settori ad elevati livelli di complessità e di rischio, come gli appalti, o la sanità¹⁰¹, un’ “amministrazione responsabile”¹⁰². Si tratta di “*spostare la propria attenzione dal trattamento alla prevenzione*”¹⁰³ nonché di dispiegare azioni mirate per un migliore adeguamento dell'amministrazione alla “società del rischio”¹⁰⁴.

Dinanzi ai rischi connessi all'uso delle nuove tecnologie, specie in settori sensibili e ad alta complessità sistemica, anche il Parlamento europeo invoca la necessità di prevedere lo strumento dell'assicurazione obbligatoria, come già avviene per le automobili¹⁰⁵ o, per altri versi,

¹⁰⁰ COMMISSIONE UE, Comunicazione CF COM(2017) 572 del 3 ottobre 2017 ove già si chiariva che, per elaborare risposte strategiche adeguate nel mercato degli appalti pubblici, “è fondamentale disporre di dati affidabili. La trasformazione digitale, il generale aumento della quantità di dati e la disponibilità di standard in materia di dati aperti offrono opportunità per creare migliori strumenti di analisi per un'elaborazione delle politiche orientata alle esigenze e di sistemi di allarme per segnalare e contrastare la corruzione negli appalti pubblici. È opportuno rendere disponibili dati migliori e più accessibili sugli appalti, poiché in questo modo si apre la strada a molteplici possibilità per valutare meglio l'efficacia delle politiche in materia di appalti, ottimizzare l'interazione tra i sistemi di appalti pubblici e delineare future decisioni strategiche. I sistemi di appalti elettronici devono produrre dati di buona qualità, ma è ancor più importante che i responsabili politici utilizzino tali dati e li condividano con altre parti interessate. Tali sistemi costituiscono inoltre un mezzo per identificare irregolarità. L'accesso ai dati sugli appalti pubblici dovrebbe consentire il dialogo con la società civile e responsabilizzare ulteriormente i governi. Le autorità pubbliche avrebbero quindi strumenti migliori per la lotta contro le frodi e la corruzione”.

¹⁰¹ G. M. RACCA, *Salute*, in *Enc. dir., I tematici. III. Funzioni amministrative*, dir. da B.G. MATTARELLA e M. RAMAJOLI, Milano, 2022, 995-1015. Si v. S. SICA, B. M. SABATINO, *Algoritmi e salute*, in G. FRANCO FERRARI (a cura di), *Smart city. Evoluzione di un'idea*, Milano, 2020, 553-580: “dinanzi ai rischi connessi all'uso delle nuove tecnologie, da più parti, a partire dal Parlamento europeo, si invoca la necessità di prevedere lo strumento dell'assicurazione obbligatoria”.

¹⁰² F. G. SCOCA, *Per un'amministrazione responsabile*, in *Giur. cost.*, n. 6/1999, 4045-4062.

¹⁰³ PARLAMENTO UE, *Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica*, cit., punto 34, sull'impiego degli strumenti dell'innovazione tecnologica per il perseguimento dell'interesse generale e del benessere dei cittadini. G. SDANGANELLI, *La gestione del rischio clinico e delle connesse responsabilità per l'effettività del diritto alla salute*, in *federalismi.it*, n. 5/2022, 214-235.

¹⁰⁴ R. FERRARA, *L'ordinamento della Sanità*, Torino, 2020, 23. Si v. J.-B. AUBY, *Le droit administratif dans la société du risque: quelques réflexions*, *Rapport public 2005: jurisprudence et avis de 2004. Responsabilité et socialisation du risque*, in *La Documentation française*, 2005, 351-357; su cui anche: F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, 2005.

¹⁰⁵ PARLAMENTO UE, *Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica*, cit., punti

LE RESPONSABILITÀ DELLE ORGANIZZAZIONI PUBBLICHE

come previsto per le strutture ed i professionisti sanitari per l'elevato livello di complessità e "rischio" delle cure sanitarie ¹⁰⁶.

L'azione amministrativa, transitante al digitale, va svolta con un approccio di tipo precauzionale che includa metodologie di *risk regulation*, come evidenziato nella recente proposta europea di Regolamento sull'Intelligenza Artificiale ¹⁰⁷, privilegiando modelli di responsabilità e assicurativi in grado di allocare il rischio secondo proporzionalità e adeguatezza ¹⁰⁸.

Approccio precauzionale che può fondarsi sui richiamati principi di collaborazione e buona fede che, nel settore dei contratti pubblici, richiedono il superamento dei bizantinismi delle procedure di gara, dando fondamento scientifico agli *standard* individuati con gli strumenti dell'intelligenza artificiale ¹⁰⁹.

Il metodo e gli strumenti della digitalizzazione, tramite un'analisi più pregnante e minuziosa dell'organizzazione e delle attività amministrative, consentirebbero, pertanto di definire di uno *standard* di correttezza e collaborazione tale da integrare il buon andamento oggettivo dell'am-

57-58, laddove si evidenzia come, a differenza del regime assicurativo per i veicoli a motore, che copre azioni o errori umani, "l'assicurazione dei robot dovrebbe tenere conto di tutte le potenziali responsabilità lungo la catena" e si invita "il settore assicurativo a elaborare nuovi prodotti e tipologie di offerte in linea con i progressi della robotica".

¹⁰⁶ Art. 8, l. 8 marzo 2017, n. 24, *Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*. Sull'obbligo assicurativo in sanità v.: P. PACILEO, S. SICA, Art. 10. *Obbligo di assicurazione*, in B. MEOLI, S. SICA, P. STANZIONE (a cura di), *Commentario alla legge 8 marzo 2017 n. 24*, Napoli, 2018, 221-240.

¹⁰⁷ Si veda anche COMMISSIONE UE, *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'Intelligenza Artificiale (Legge sull'Intelligenza Artificiale)*, Bruxelles, 21 aprile 2021, COM(2021) 206 final, 2021/0106(COD), in cui si propone di utilizzare "a proportionate and risk-based European regulatory approach" al fine di promuovere l'uso delle nuove tecnologie secondo un modello basato sulla gestione differenziata dei rischi associati a specifiche applicazioni di IA.

¹⁰⁸ PARLAMENTO UE, *Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica*, cit., punti 53-54 sulla scelta di "applicare l'approccio della responsabilità oggettiva o della gestione dei rischi", con la precisazione che "l'approccio di gestione dei rischi non si concentra sul singolo" agente che ha agito con negligenza bensì "sulla persona [rectius, organizzazione] che, in determinate circostanze, è in grado di minimizzare i rischi e affrontare l'impatto negativo", scelta che pare richiamare il concetto di responsabilità per rischio d'impresa su cui, per tutti, v.: P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961.

¹⁰⁹ R. CAVALLO PERIN, *Dalle riforme astratte dell'amministrazione pubblica alla necessità di amministrare le riforme*, cit., 73-82; G. M. RACCA, *Le centrali di committenza nelle nuove strategie di aggregazione dei contratti pubblici*, in *Italiadecide - Rapporto 2015*, Bologna, 2015, 508 ss.; ID., *Dall'Autorità sui contratti pubblici all'Autorità nazionale anticorruzione: il cambiamento del sistema*, in *questa Rivista*, n. 2-3/2015, 345-387.

ministrazione, finalmente adeguata al soddisfacimento dei nuovi bisogni sociali ¹¹⁰.

La responsabilità della pubblica amministrazione per cattiva amministrazione o *maladministration* genera disfunzioni e sprechi che vanno prevenuti e sanzionati ¹¹¹. L'autoanalisi necessaria per valutare e prevenire la cattiva amministrazione avrebbe l'obiettivo di ridurre i rischi corruttivi, gestendo l'organizzazione e le attività in modo integrato come andrebbe attuato mediante il nuovo modello del Piano Integrato di Attività e Organizzazione (P.I.A.O.) ¹¹². Tutti i piani previsti dal nuovo PIAO, ove strutturati in un'unica piattaforma di raccolta dei dati, intellegibile e interoperabile, agevolerebbero tale trasformazione e il contrasto alla *maladministration*, con effettiva semplificazione dell'azione e

¹¹⁰ D.-U. GALETTA, *Buona amministrazione e IA: il ruolo del responsabile del procedimento*, intervento al convegno: *I caratteri della pubblica amministrazione a più di vent'anni dal decreto legislativo n. 165/2001*, Torino, 17 marzo 2022.

¹¹¹ Per la nozione di *maladministration* si v., da ultimo, il *Piano Nazionale Anticorruzione* 2019, adottato con delibera ANAC del 13 novembre 2019, n. 1064, p. 12, per prevenire comportamenti devianti, connessi "all'adozione di comportamenti contrari a quelli propri di un funzionario pubblico previsti da norme amministrativo-disciplinari anziché penali, fino all'assunzione di decisioni di cattiva amministrazione, cioè di decisioni contrarie all'interesse pubblico perseguito dall'amministrazione, in primo luogo sotto il profilo dell'imparzialità, ma anche sotto il profilo del buon andamento (funzionalità ed economicità)". Sulla corruzione come "fenomeno burocratico/pulviscolare, politico-amministrativo-sistemico", v. già Corte dei conti, Sezioni riunite, Inaugurazione anno giudiziario 2013. G. M. RACCA, *La prevenzione e il contrasto della corruzione nei contratti pubblici* (art. 1, commi 14-25, 32 e 52-58), in B.G. MATTARELLA, M. PELLISERO (a cura di) *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, 125-151; G. M. RACCA, C. R. YUKINS (a cura di), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, in *Droit Administratif / Administrative Law Collection* (Dir. by J.-B. AUBY), no. 18, Bruxelles, 2014; G. M. RACCA, R. CAVALLO PERIN, G. L. ALBANO, *Public Contracts and International Public Policy Against Corruption*, in M. AUDIT, S. W. SCHILL (a cura di) *Transnational Law of Public Contracts*, in *Droit Administratif / Administrative Law Collection* (Dir. by J.-B. AUBY), no. 20, Bruxelles, 2016, 845-878; ID. *Corruzione (Diritto amministrativo)* in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, aggiornamento, Milano, 2017, 208-217.

¹¹² Art. 6, comma 1, decreto-legge 9 giugno 2021, n. 80, convertito con l. 6 agosto 2021, n. 113, recante misure urgenti per il rafforzamento della capacità amministrativa delle pubbliche amministrazioni funzionali all'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per l'efficienza della giustizia, che introduce il "Piano integrato di attività e organizzazione" (PIAO) quale "misura di semplificazione rivolta alle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 con più di cinquanta dipendenti, con esclusione delle scuole di ogni ordine e grado e delle istituzioni educative". In esso, si prevede "di assorbire, razionalizzandone la disciplina in un'ottica di massima semplificazione, molti degli atti di pianificazione cui sono tenute le amministrazioni (ad esempio, il piano triennale dei fabbisogni, il piano della performance, il piano di prevenzione della corruzione ed il piano organizzativo del lavoro agile), racchiudendoli in un unico atto".

LE RESPONSABILITÀ DELLE ORGANIZZAZIONI PUBBLICHE

dell'organizzazione amministrativa, superando le lacune e disfunzioni rilevate in passato ¹¹³.

Sfida che richiede una progressiva e costante reingegnerizzazione dei processi, che non si risolva nella mera addizione dei piani preesistenti. La tracciabilità dei singoli procedimenti, che già nell'ambito dei contratti pubblici andrebbe sviluppato mediante un più integrato uso del Codice Identificativo Gara (CIG), integrato in atti nativi digitali ¹¹⁴.

Da una analisi dell'esistente e delle criticità legate alle disfunzioni amministrative, alla complessità dei procedimenti informatizzati, ma non digitalizzati, ai rischi di cattiva amministrazione e di contenzioso, si dovrebbero definire nuovi atti di organizzazione che evidenzino e superino le criticità ed esplicitino le modalità organizzative effettivamente adeguate alle funzioni. Alcune soluzioni saranno rese evidenti dai dati, altre necessiteranno adattamenti progressivi con la definizione dei nuovi *standard* con l'effetto di "stabilizzare" in regole predefinite i modelli di funzionamento dei sistemi interconnessi e ad alta automazione ¹¹⁵.

La progressiva acquisizione di dati e informazioni da parte di pubbliche amministrazioni da altre banche dati pubbliche, in forma automatizzata richiede sia l'elaborazione di *standard* qualitativi dei dati pubblici che riducano il rischio di errori dei dati stessi, sia la definizione dei ruoli e responsabilità per il rispetto di questi *standard* e la possibilità di verifica umana della ragionevolezza dei risultati ¹¹⁶. La digitalizzazione e gli stru-

635

¹¹³ Cons. St., sez. cons., 2 marzo 2022, n. 506. Si v. il D.P.R. 24 giugno 2022, n. 81, *Regolamento recante individuazione degli adempimenti relativi ai Piani assorbiti dal Piano integrato di attività e organizzazione* e il D. M. per la pubblica amministrazione, 30 giugno 2022.

¹¹⁴ Si è fatto riferimento al modello logistico dei "pacchi Amazon". Si v. l'audizione del Ministro per la Pubblica Amministrazione, presso le Commissioni Riunite I Affari Costituzionali e XI Lavoro della Camera Dei Deputati nell'ambito dell'esame della Relazione sullo stato di attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, riferita all'anno 2021, Giovedì 10 marzo 2022, "*L'ABCD della Pubblica amministrazione: una riforma per la crescita e la competitività*", laddove si richiamano tra gli obiettivi legati alla "Buona Amministrazione", tra gli altri: "*Tracciabilità dei procedimenti e total disclosure: massima trasparenza su ogni passaggio dei procedimenti amministrativi e massima responsabilizzazione dei dirigenti e sistema di premialità per chi rispetta i tempi*" nonché "*Customer satisfaction: un banner online "La PA ci mette la faccia" consentirà a ogni cittadino di esprimere il suo giudizio sui servizi pubblici*".

¹¹⁵ Sul procedimento di standardizzazione, specie in ambito informatico, si v.: R. CAVALLO PERIN, I. ALBERTI, *Atti e procedimenti nativi digitali*, 119-158, e G. CARULLO, *Dati, banche dati, blockchain e interoperabilità dei sistemi informatici nel settore pubblico*, 191-221, spec. 215, entrambi in R. CAVALLO PERIN, D.-U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, cit., 2022.

¹¹⁶ E. CARLONI, *Qualità dei dati, big data e amministrazione pubblica*, in R. CAVALLO PERIN (a cura di), *L'amministrazione pubblica con i big data: da Torino un dibattito sull'intelligenza*

menti dell'intelligenza artificiale possono consentire la ridefinizione, con regolamenti e atti d'organizzazione, del modo in cui le attività devono essere svolte dalle differenti amministrazioni, nel rispetto del principio costituzionale di adeguatezza, per soddisfare i bisogni della collettività di riferimento a tutti i livelli territoriali ¹¹⁷.

Diviene qui utile richiamare la distinzione tra atti generali e regolamenti: questa distinzione esiste perché quando si deve sorreggere il decisore, serve la forza dell'astrattezza. L'astrattezza consente di scaricare la responsabilità sull'organizzazione e sollevare il peso dalle spalle dal decisore; se invece si intende ottenere il massimo della flessibilità nel regolare il caso concreto occorre un'operazione di semplificazione normativa, con l'assunzione della responsabilità in capo al decisore.

Tra questi due livelli si situa invece l'atto generale: questo offre uno *standard*, ma consente al decisore di discostarsene, motivando in quel caso concreto. Si potrebbe pertanto immaginare di ripensare i regolamenti e trasformarli in atti generali, verificando, tramite l'intelligenza artificiale, in quali casi occorre discostarsene e ridefinire, in ragione della casistica di scostamento, norme nuove, più adatte ai tempi.

Le responsabilità dell'organizzazione conseguirebbero alla errata definizione degli *standard*, con conseguente necessità di correggere le distorsioni, similmente a quanto già avviene nei casi di malfunzionamenti di piattaforme e sportelli telematici, ove la responsabilità consegue alle scelte organizzative ¹¹⁸.

In tal modo, la conformità agli *standard* di amministrazione, identificati e presidiati tramite l'intelligenza artificiale, consente di determinare e sanzionare la responsabilità dell'amministrazione con l'esclusione

artificiale, Torino, Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino, 2021, 117-130.

¹¹⁷ R. CAVALLO PERIN, *La capacità tecnico professionale degli enti pubblici tra principio di adeguatezza e differenziazione*, in *Ragionando di diritto delle pubbliche amministrazioni*, a cura di S. TORRICELLI, Edizioni Scientifiche, Napoli, 2020, 265-270.

¹¹⁸ A. SIMONCINI, *Amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale*, in R. CAVALLO PERIN, D.-U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, cit., 1-42, spec. 10. Cfr. M. C. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'Amministrazione nella società dell'algoritmo*, in *federalismi.it*, n. 16/2019; M. D'ANGELOSANTE, *La consistenza del modello dell'amministrazione 'invisibile' nell'età della tecnificazione: dalla formazione delle decisioni alla responsabilità per le decisioni*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA (a cura di), *La tecnificazione*, in L. FERRARA, D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall'Unificazione amministrativa italiana*, vol. IV, Firenze, 2016, 156 ss.

LE RESPONSABILITÀ DELLE ORGANIZZAZIONI PUBBLICHE

della responsabilità del funzionario, che potrà intervenire a correggerli ove nel caso concreto determinino distorsioni ¹¹⁹.

Si richiede, a tal fine, che la responsabilità che consegue alla scelta istituzionale di ricorrere a un sistema informativo, con evidente agevolazione dell'azione amministrativa, debba essere “*controbalanciata dalla capacità di rimediare alle occasionali possibili disfunzioni, in particolare attraverso lo strumento procedimentale del soccorso istruttorio*” ¹²⁰.

Le responsabilità dell'organizzazione, con la richiamata possibilità di correggere le disfunzioni, permettono l'allocazione dei rischi e il ristoro dei danni secondo un bilanciamento adeguato a tutelare le parti coinvolte. Come da noi avveniva, con una decisione precoce ¹²¹, molti anni prima delle direttive ricorsi, secondo una prassi che più di recente ha cominciato ad essere agevolata dal Consiglio di Stato che tende a marginalizzare le ipotesi di risarcimento del danno ¹²².

Certamente l'uso dei nuovi strumenti digitali, delle piattaforme e della tecnica della standardizzazione impone l'adozione di presidi di legalità, per evitare abusi e disfunzioni. Criticità e rischi che possono essere individuati e perseguiti proprio tramite gli strumenti offerti dall'analisi dati e dall'intelligenza artificiale, come accaduto già in alcune significative esperienze ¹²³.

637

¹¹⁹ R. CAVALLO PERIN, *Dalle riforme astratte dell'amministrazione pubblica alla necessità di amministrare le riforme*, cit., spec. 80-82. Si v.: ID., *Atti e procedimenti nativi digitali*, cit., 119-158, spec. 127. Si richiede, a tal fine, che la responsabilità che consegue alla scelta istituzionale di ricorrere a un sistema informativo, con evidente agevolazione dell'azione amministrativa, debba essere “*controbalanciata dalla capacità di rimediare alle occasionali possibili disfunzioni, in particolare attraverso lo strumento procedimentale del soccorso istruttorio*”, su cui da ult. T.A.R. Campania, sez. Napoli, sez. III, 27 luglio 2022, n. 5016; C.G.A.R.S., sez. giurisdizionale, 16 febbraio 2021, n. 115; T.A.R. Lazio, sez. Roma, sez. III, 17 settembre 2019, n. 11022.

¹²⁰ Su cui: Cons. St., 25 gennaio 2013, n. 481; Si v.: R. CAVALLO PERIN, I. ALBERTI, *Atti e procedimenti nativi digitali*, cit., 119-158, spec. 127.

¹²¹ Con decisioni che tendevano a correggere la violazione (con tutela più estesa di quella riconosciuta nelle trattative fra privati) piuttosto che a risarcire: Cons. Stato, Sez. IV, 3 agosto 1896, *Caterini, Ruocco e altri c. Com. di Cerignola, Pref di Foggia, Trezza, Pavoncelli*, in *La Legge*, 1896, II, 529.

¹²² T.A.R. Campania, sez. Napoli, sez. II, 22 marzo 2022, n. 1903; Cons. St., sez. III, 2 aprile 2019, n. 2181; Cons. St., sez. IV, 12 luglio 2021 n. 5274; Cons. St., sez. III, 22 giugno 2021, n. 4786.

¹²³ La Guardia di Finanza del Veneto, anche in collaborazione con le Università, sta sviluppando algoritmi per l'analisi di oltre 160 banche dati, con un sistema applicativo, P.R.I.C.E., in grado di rilevare il rischio di operatori economici e amministratori. La Guardia di Finanza e il Presidente della Regione Veneto hanno firmato un protocollo che regola la collaborazione per prevenire l'insinuarsi di elementi fraudolenti, delinquenziali e mafiosi nei bandi del Piano nazionale di resistenza e resilienza: cfr. R. SANDRE, *Frodi e infiltrazioni, le Fiamme Gialle scovano i crimini con i big data*, in *Il Sole 24 Ore*, 22 ottobre 2021; M. ZAMBON, *Controlli sul Pnrr, la Regione Veneto si affida all'algoritmo inchioda* «fur-

Si è detto che senza una buona amministrazione, intesa quest'ultima essenzialmente come organizzazione pubblica adeguata, corretta ed effettiva, non vi può essere una Costituzione ¹²⁴.

I nuovi principi positivi di collaborazione e buona fede che si impongono in misura reciproca all'amministrazione e ai privati (*rectius*, operatori economici) nella nuova prospettiva funzionale offerta dalla digitalizzazione, possono essere attuati con gli strumenti di intelligenza artificiale e con il presidio della responsabilità e un'evoluzione del rapporto giuridico amministrativo che permetta di rifondare le basi della buona amministrazione digitale.

Abstract

L'articolo analizza le possibili trasformazioni digitali e le innovazioni nel settore dei contratti pubblici in relazione alla espressa introduzione nella legge italiana sul procedimento amministrativo dei principi di collaborazione e di buona fede nei rapporti fra amministrazioni e privati. L'applicazione del principio "*once only*" e la correttezza attuata mediante strumenti digitali by default costituisce il fondamento di un rinnovato "patto collaborativo digitale" tra amministrazioni, professionalmente ed organizzativamente adeguate, e operatori economici qualificati assicurando efficienza, partecipazione, trasparenza e tempestività nel ciclo completo dei contratti pubblici. Una buona fede "rafforzata" della parte pubblica, integrata dai principi costituzionali, che fonda le peculiarità dell'esercizio delle funzioni pubbliche, risulta correlata ad una rinnovata configurazione delle responsabilità delle organizzazioni pubbliche in una prospettiva funzionale fondata sull'attività conoscitiva digitale e richiede la concentrazione della tutela.

638

Abstract

This article focuses on digital transformation and innovation in public contracts following the principles of collaboration and good faith between public adminis-

beti », in *Corriere del Veneto*, 8 febbraio 2022. Si v.: l'intervento di G. MAINOLFI al convegno: *Il comune nella finanza globale: i conti pubblici nel "front office" dello Stato alla prova del NGUE*, sessione: *Le basi informative e le metodologie di analisi quantitativa. La dimensione locale e l'attuazione del PNRR*, Venezia, 17 dicembre 2021.

¹²⁴ R. CAVALLO PERIN, *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e l'integrazione europea*, in *A 150 anni dall'unificazione amministrativa europea*, a cura di L. FERRARA, D. SORACE, vol. I, Firenze, 2016, 3-36, spec. 23; già in *L'Organizzazione delle pubbliche amministrazioni nel processo d'integrazione dello Stato nazionale italiano e dell'Unione Europea*, in *Ist. fed.*, n. 44/2016, 997-1033.

LE RESPONSABILITÀ DELLE ORGANIZZAZIONI PUBBLICHE

tration and individuals introduced and enforced in the Italian Law. The enforcement of the 'once only' principle as well as fairness achieved through digital processing by default is the foundation for a redesigned 'digital collaborative pact' between administrations, professionally and organizationally adequate, and qualified economic operators, ensuring efficiency, participation, transparency, accountability and timeliness in the whole procurement cycle. A strengthened good faith of the public party, supplemented by constitutional principles, which grounds the peculiarities of the exercise of public functions, results from a correlation to a renewed configuration of the responsibilities of public organizations in a functional perspective based on digital cognitive activity and requires the concentration of claims.