

### Digitalizzazione degli appalti, il diavolo è nei dettagli: ecco perché la strada è in salita

Dettagli tecnici apparentemente insignificanti rendono ancora accidentato il percorso virtuoso di digitalizzazione del ciclo di vita degli appalti pubblici: ecco quali sono i nodi da sciogliere Indirizzo copiato Pubblicato il 20 mag 2024 Paola Conio Avvocata, Senior Partner Studio Legale Leone Non vi è dubbio che la digitalizzazione end-to-end del ciclo di vita dei contratti pubblici rappresenti la maggiore innovazione di processo almeno degli ultimi vent'anni ed è altrettanto indubbio che un ecosistema di approvvigionamento completamente interoperabile e pensato nativamente in chiave digitale possa apportare benefici enormi all'operatività delle stazioni appaltanti e degli operatori economici, in termini di maggiore efficienza, trasparenza e semplificazione. Il diavolo però, lo si sa, si nasconde nei dettagli e la strada della digitalizzazione sembra ancora molto accidentata, non tanto perché il progetto in sé stesso, per quanto ambizioso, non sia condivisibile o condiviso dagli stakeholder, quanto per dettagli tecnici, apparentemente insignificanti, ma capaci di rendere estremamente difficile l'operatività quotidiana delle stazioni appaltanti, paradossalmente proprio in relazione a quelle tipologie di affidamento che dovrebbero essere più immediate e intuitive. Codice appalti, il bilancio al primo compleanno: ecco gli obiettivi e i fronti critici Indice degli argomenti Toggle Appalti e digitale, il travagliato rapporto tra norma e tecnologia Il nodo degli affidamenti diretti Problemi tecnici e operativi Rilascio del CIG alle stazioni appaltanti non qualificate Le possibili insidie dell'AI applicata al public procurement Conclusione Appalti e digitale, il travagliato rapporto tra norma e tecnologia Considerato che la riforma dei processi di approvvigionamento pubblico scaturisce in via diretta da disposizioni di legge, che rappresentano la cornice ma anche la "gabbia" all'interno della quale l'operare delle stazioni appaltanti deve necessariamente svolgersi, va da sé che dovrebbe essere la tecnologia ad adattarsi alle previsioni normative, facendo in modo che l'utilizzo dei nuovi strumenti da parte delle pubbliche amministrazioni non metta mai in discussione il rispetto del Codice dei contratti pubblici e delle altre norme vigenti. In altre parole, il sistema di approvvigionamento digitale dovrebbe senz'altro garantire che le stazioni appaltanti, utilizzandolo, siano in grado di fare tutto ciò che il Codice contratti impone o consente loro di fare, senza alcun tipo di limitazione o forzatura. In questo primo periodo di transizione al digitale, invece, si ha la sensazione che sia l'interpretazione e/o l'applicazione delle norme che debba piegarsi alle rigidità delle tecnologie, tanto da far prevalere queste ultime sulle prime. Degli esempi pratici aiuteranno a comprendere meglio a che cosa ci si riferisca. Il nodo degli affidamenti diretti Uno dei principi di delega attuato in modo particolarmente spinto dal nuovo Codice dei contratti pubblici è quello della semplificazione della disciplina applicabile



Dettagli tecnici apparentemente insignificanti rendono ancora accidentato il percorso virtuoso di digitalizzazione del ciclo di vita degli appalti pubblici: ecco quali sono i nodi da sciogliere Indirizzo copiato Pubblicato il 20 mag 2024 Paola Conio Avvocata, Senior Partner Studio Legale Leone Non vi è dubbio che la digitalizzazione end-to-end del ciclo di vita dei contratti pubblici rappresenti la maggiore innovazione di processo almeno degli ultimi vent'anni ed è altrettanto indubbio che un ecosistema di approvvigionamento completamente interoperabile e pensato nativamente in chiave digitale possa apportare benefici enormi all'operatività delle stazioni appaltanti e degli operatori economici, in termini di maggiore efficienza, trasparenza e semplificazione. Il diavolo però, lo si sa, si nasconde nei dettagli e la strada della digitalizzazione sembra ancora molto accidentata, non tanto perché il progetto in sé stesso, per quanto ambizioso, non sia condivisibile o condiviso dagli stakeholder, quanto per dettagli tecnici, apparentemente insignificanti, ma capaci di rendere estremamente difficile l'operatività quotidiana delle stazioni appaltanti, paradossalmente proprio in relazione a quelle tipologie di affidamento che dovrebbero essere più immediate e intuitive. Codice appalti, il bilancio al primo compleanno: ecco gli obiettivi e i fronti critici Indice degli argomenti Toggle Appalti e digitale, il travagliato rapporto tra norma e tecnologia Il nodo degli affidamenti diretti Problemi tecnici e operativi Rilascio del CIG alle stazioni appaltanti non qualificate Le possibili insidie dell'AI applicata al public procurement Conclusione Appalti e digitale, il travagliato rapporto tra norma e tecnologia Considerato che la riforma dei processi di approvvigionamento pubblico scaturisce in via diretta da disposizioni di legge, che rappresentano la cornice ma anche la "gabbia" all'interno della quale l'operare delle stazioni appaltanti deve necessariamente svolgersi, va da sé che dovrebbe essere la tecnologia ad adattarsi alle previsioni normative, facendo in modo che l'utilizzo dei nuovi strumenti da parte delle pubbliche amministrazioni non metta mai in discussione il rispetto del Codice dei contratti pubblici e delle altre norme vigenti. In altre parole, il sistema di approvvigionamento digitale dovrebbe senz'altro garantire che le stazioni appaltanti, utilizzandolo, siano in grado di fare tutto ciò che il Codice contratti impone o consente loro di fare, senza alcun tipo di limitazione o forzatura. In questo primo periodo di transizione al digitale, invece, si ha la sensazione che sia l'interpretazione e/o l'applicazione delle norme che debba piegarsi alle rigidità delle tecnologie, tanto da far prevalere queste ultime sulle prime. Degli esempi pratici aiuteranno a comprendere meglio a che cosa ci si riferisca. Il nodo degli affidamenti diretti Uno dei principi di delega attuato in modo particolarmente spinto dal nuovo Codice dei contratti pubblici è quello della semplificazione della disciplina applicabile

## Agenda Digitale

### ASMEL dicono di noi

---

ai contratti pubblici sotto - soglia. Come noto, il D.Lgs. 36/2023 ha fissato una soglia particolarmente elevata per l'affidamento diretto, anche non preceduto dal confronto di preventivi (140.000 euro per servizi e forniture e 150.000 euro per servizi) e, al contempo, ha stabilito, all'art. 17, che in caso di affidamento diretto, la decisione di contrarre - che normalmente dà il via alla procedura di affidamento - individui "l'oggetto, l'importo e il contraente, unitamente alle ragioni della sua scelta, ai requisiti di carattere generale e, se necessari, a quelli inerenti alla capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale". Si noti che la norma si esprime in termini mandatori ("individuare il contraente unitamente alle ragioni della scelta" e non "può individuare"). Inoltre, mentre ha stabilito dei termini massimi entro i quali concludere le diverse procedure di affidamento, il Codice non ha indicato alcun termine per l'affidamento diretto, confermando, di fatto, che nella mente del legislatore delegato l'affidamento diretto, da un lato, non è una "procedura" (come, peraltro, già aveva avuto modo di chiarire la giurisprudenza amministrativa), dall'altro che lo stesso si consuma in modo "istantaneo", nel senso che le attività prodromiche di individuazione del contraente, siano esse svolte tramite elenco, confronto di preventivi o altro tipo di ricerca istruttoria, costituiscono dei semplici antecedenti di fatto rispetto all'atto, unico, con il quale al contempo si decide di contrarre e si individua il contraente, dando conto delle ragioni della scelta. Orbene, tutto ciò sembrerebbe semplificare al massimo l'affidamento diretto. Tuttavia, all'atto pratico, questo non è assolutamente vero. Problemi tecnici e operativi. In primis il sistema di approvvigionamento digitale prevede, come spiegato dall'ANAC, che il CIG "venga acquisito direttamente attraverso le piattaforme certificate che gestiscono il ciclo di vita del contratto, mediante lo scambio di dati e informazioni con la BDNCP. La gestione del contratto sulla piattaforma di approvvigionamento digitale certificata consente di acquisire immediatamente il CIG, al momento della gestione della specifica fase del contratto che lo richiede, mediante scambio di dati in modalità interoperabile tra BDNCP e la piattaforma". Ora, stando a quanto previsto dal Codice, nel caso di affidamento diretto, vi è, come detto, un unico atto: la decisione di contrarre che individua anche il contraente e che, quindi, costituisce l'aggiudicazione in favore di quel soggetto. Pertanto, nel momento in cui viene caricata la decisione/aggiudicazione la piattaforma acquisisce il CIG e contemporaneamente, comunica il nominativo dell'aggiudicatario, che viene automaticamente pubblicato nella banca dati dei contratti pubblici. Senonché, il nuovo Codice ha eliminato la previsione secondo cui l'aggiudicazione diventa efficace solo dopo la verifica del possesso dei requisiti da parte dell'operatore economico e ha, invece, stabilito che prima si debba procedere con la predetta verifica e solo dopo, all'esito positivo della stessa, aggiudicare. Ma questo, con il sistema sopra descritto non risulta tecnicamente possibile per l'affidamento diretto perché per poter accedere al Fascicolo Virtuale dell'Operatore Economico attraverso il quale devono essere effettuate le verifiche, è indispensabile il CIG che, come detto, la piattaforma acquisisce solo al momento del caricamento della decisione di contrarre nella quale, tuttavia, il contraente dovrebbe già essere stato individuato. Mepa, acquisizione Cig: la guida passo passo per il 2024 Il problema

## Agenda Digitale

### ASMEL dicono di noi

---

in realtà non si pone per la fascia di affidamenti entro i 40.000 euro, per i quali il Codice stabilisce che gli operatori economici attestino il possesso dei requisiti e le stazioni appaltanti le verifichino successivamente, anche a campione, "procedendo alla risoluzione del contratto, all'escussione della eventuale garanzia definitiva, alla comunicazione all'ANAC e alla sospensione dell'operatore economico dalla partecipazione alle procedure di affidamento indette dalla medesima stazione appaltante per un periodo da uno a dodici mesi decorrenti dall'adozione del provvedimento". Per questi affidamenti è quindi pacifico che si possa procedere alla verifica dei requisiti successivamente alla stipula del contratto e che, quindi, si possa aggiudicare a prescindere dall'avvenuta effettuazione delle verifiche. Ma per gli importi superiori non vi è alcuna semplificazione, quindi il sistema dovrebbe consentire, con l'assenso dell'operatore economico, l'accesso anticipato al FVOE o, in alternativa, mantenere "congelata" l'aggiudicazione fino all'avvenuta verifica. Poiché questo non è possibile, di fatto il comma 2 dell'art. 17 non può essere rispettato per gli affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 e gli affidamenti diretti vengono, nella sostanza, gestiti dalle piattaforme come se si trattasse di procedure negoziate. Peraltro, limitare l'applicazione dell'art. 17 c. 2 ai soli operatori inseriti nelle "liste di operatori verificate" ipotizzate da ANAC sarebbe comunque arbitrario, perché la norma non prevede eccezioni e indica chiaramente che nell'affidamento diretto l'atto di affidamento / decisione di contrarre è unico. Rilascio del CIG alle stazioni appaltanti non qualificate. Un altro disallineamento tecnico, venuto prepotentemente alla ribalta in relazione al "caso Asmel", è quello della possibilità di acquisire tramite piattaforma certificata il CIG anche nel caso in cui si sia carenti della prescritta qualificazione. Come noto, l'art. 62 c. 2 del Codice dispone, tra l'altro "l'ANAC non rilascia il codice identificativo di gara (CIG) alle stazioni appaltanti non qualificate" il che lascerebbe supporre un qualche sistema bloccante, nella disponibilità di ANAC, che impedisca concretamente alle stazioni appaltanti non munite di qualifica adeguata alla procedura di affidamento che intendono avviare, di poter acquisire il CIG. La vicenda Asmel ha dimostrato che così non è: il sistema rilascia comunque il CIG, anche se il soggetto che attiva la procedura di affidamento non è in possesso della necessaria qualificazione, salva poi la possibilità di reazione dell'ANAC che, in presenza di eventuali anomalie, può richiedere chiarimenti e anche, se del caso, irrogare sanzioni. Non è questa la sede per analizzare il comportamento - che dovrebbe essere comunque valutato caso per caso - di un soggetto che procede in tal senso e l'eventuale scusabilità o meno del convincimento di essere qualificato per l'esperimento di quella gara, ciò che rileva nell'ambito del ragionamento che si sta seguendo è che il sistema concretamente diverge dalla norma. Le possibili insidie dell'AI applicata al public procurement. Come sappiamo, tra le grandi innovazioni del Codice 2023 c'è - in attuazione di quanto testualmente previsto dalla misura M1C1-75 - l'apertura all'intelligenza artificiale e al machine learning nell'ambito delle procedure di affidamento dei contratti pubblici. In particolare, è previsto dall'art. 30 del Codice che, ove possibile, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti automatizzano le proprie attività ricorrendo a soluzioni tecnologiche,

## Agenda Digitale

ASMEL dicono di noi

---

ivi incluse l'intelligenza artificiale e le tecnologie di registri distribuiti, nel rispetto delle specifiche disposizioni in materia. I tre principi fondamentali da rispettare in questo caso sono la conoscibilità e comprensibilità della logica utilizzata per la decisione automatizzata, la sua non esclusività, nel senso che deve sempre essere prevista e possibile una correzione "umana" e la non discriminazione, ovvero la prevenzione di possibili effetti discriminatori nei confronti degli operatori economici. Sono anche previste una serie di cautele in fase di acquisto delle soluzioni automatizzate, ivi incluse quelle di intelligenza artificiale, come l'obbligo di assicurare la disponibilità del codice sorgente, della relativa documentazione, nonché di ogni altro elemento utile a comprenderne le logiche di funzionamento e l'introduzione nei documenti di gara di clausole volte ad assicurare le prestazioni di assistenza e manutenzione necessarie alla correzione degli errori e degli effetti indesiderati derivanti dall'automazione. Procurement, il ruolo degli algoritmi: decisioni e non discriminazione, ecco le applicazioni AI in gara. Il tema è ovviamente molto affascinante e immaginare che il public procurement resti prigioniero in una sorta di bolla al di fuori del tempo, nella quale i nuovi strumenti dell'AI non hanno ingresso non appare seriamente predicabile, anche volendo prescindere per un attimo dallo specifico indirizzo impresso dalla misura M1C1-75 del PNRR. Occorre però riflettere con grande attenzione sul fatto che i più avanzati sistemi di intelligenza artificiale che utilizzano il machine learning si "addestrano" - peraltro con diverse possibili modalità - per migliorare ed evolversi senza essere specificamente programmati per quel determinato risultato. Una volta che un sistema si è evoluto attraverso l'addestramento potrebbe non essere semplice ricostruire - e quindi rendere conoscibile e comprensibile - la logica utilizzata per addivenire alla decisione. Gli effetti discriminatori potrebbero risultare molto sottili e non immediatamente percettibili. Se, ad esempio, un sistema viene allenato per determinare, in base ad una complessa e variabile massa di informazioni, quale sia il curriculum migliore per uno specifico gruppo di lavoro, nel caso in cui, nel corso del proprio addestramento, abbia in prevalenza esaminato curriculum di maschi caucasici è possibile che tenda comunque a preferire questa categoria di individui rispetto alle donne o alle persone di etnie diverse nel momento della comparazione. La stessa cosa può valere per altre caratteristiche delle offerte. In altre parole, la fase di addestramento - che non è specificamente contemplata dalle norme - diventa cruciale e può influenzare in modo sottile gli esiti delle decisioni. Conclusione Il futuro della digitalizzazione è già "presente", non bisogna temerlo e non bisogna fuggirlo, ma di certo bisogna imparare a governarlo. La tecnologia deve sempre essere il mezzo per semplificare il raggiungimento di un risultato e non il fine da perseguire, sacrificando, stirando o comprimendo le norme e i diritti, le facoltà e i doveri che le stesse attribuiscono. Questa è la vera sfida. @RIPRODUZIONE RISERVATA Valuta la qualità di questo articolo C Paola Conio Avvocata, Senior Partner Studio Legale Leone Seguimi su.