

RETI DI IMPRESE PUBBLICO PRIVATE PER IL *MACHINE LEARNING* IN CAMPO SANITARIO?

1. Premessa: l'uso dell'intelligenza artificiale in ambito sanitario - 2. Gli assunti dell'indagine - 3. La capacità negoziale di una società a partecipazione pubblica e i requisiti dei contratti di rete - 4. L'applicabilità del d.lgs. n. 175/2016 - 5. La qualificazione delle società operanti nel SSN e le implicazioni rispetto agli obblighi di evidenza pubblica - 6. L'ingresso nella rete di organismi di diritto pubblico e di soggetti tenuti all'osservanza del codice dei contratti pubblici - 7. L'*utilitas* garantita dalla disponibilità dei dati e la relativa contendibilità - 8. Le modalità di adesione a una rete contratto per la condivisione di dati - 9. Rilievi sul trattamento e la circolazione dei dati sanitari - 10. Conclusioni operative

Abstract

È possibile creare strutture pubblico private per lo sviluppo di nuovi algoritmi di intelligenza artificiale a supporto delle attività diagnostiche e di cura svolte dai soggetti operanti nel Sistema Sanitario Nazionale? Questo saggio ipotizza forme di cooperazione fondate sulla messa a disposizione di dati sanitari (anonimizzati) su cui "far allenare" algoritmi di intelligenza artificiale. Vengono poi esaminate alcune ipotesi alternative al fine di vagliare la ricorrenza di obblighi di evidenza pubblica per l'individuazione dei *partner* privati. Nell'ottica di semplificare e accelerare la conclusione di forme di cooperazione nel settore oggetto dell'indagine, sono indicate alcune soluzioni operative che potrebbero consentire di concludere contratti di rete senza il preventivo espletamento di procedure di gara.

Is it possible to create public-private structures for the development of new A.I. algorithms in Healthcare? This paper assumes forms of cooperation based on the provision of (anonymised) health data, on which A.I. algorithms can be 'trained'. Then, some alternative hypothesis are examined in order to assess the recurrence of public evidence obligations for the identification of private partners. With the aim of simplifying and speeding up the conclusion of these forms of cooperation, a number of operational solutions are indicated.

Keywords: Artificial Intelligence, Enterprise Networks, Public Companies, Health Data, Contestability of *utilitas*.

1. Premessa: l'uso dell'intelligenza artificiale in ambito sanitario

È opinione largamente condivisa che la sanità possa ricevere un contributo straordinario dalle tecnologie che combinano dati, algoritmi e potenza di calcolo. I processi di digitalizzazione di buona parte delle attività sanitarie hanno creato e continuano ad alimentare preziosi flussi di dati su cui si potrebbero sviluppare e far "allenare" nuovi algoritmi in grado di migliorare la qualità e l'efficienza dell'assistenza medica.

La Commissione europea ha già colto alcune delle implicazioni di queste tematiche nel Libro Bianco sull'Intelligenza artificiale¹ e nella recente proposta di Regolamento europeo sempre sull'Intelligenza artificiale².

Le informazioni sanitarie raccolte con riguardo a ciascun paziente possono essere utilizzate anche per il tramite dei cd. *Internet of Things* (IoT) e *Internet of Beings* (IoB) per l'assistenza domiciliare e nei luoghi di cura³, al fine di monitorare i comportamenti e comprendere il quadro clinico dei pazienti, o ancora per permettere ai medici di individuare dei *warning signs* di patologie gravi durante la fase iniziale del trattamento⁴.

Le tecniche di *data analysis* e gli algoritmi di AI appaiono preziosi anche nell'attività di ricerca nei settori della prevenzione e della terapia, nonché in quello farmacologico⁵. In questi e in altri scenari i dati sanitari detenuti dagli operatori pubblici e privati appaiono una risorsa preziosissima dal potenziale ancora sostanzialmente inespresso⁶.

2. Gli assunti dell'indagine

I dati del sistema sanitario nazionale possono dunque qualificarsi come un bene collettivo strategico per lo sviluppo e l'implementazione di algoritmi di intelligenza artificiale di supporto ai servizi sanitari di prevenzione e cura⁷.

¹ Libro Bianco sull'intelligenza artificiale, *Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia*, Commissione Europea, 19.2.2020.

² Pubblicato in data 21.04.2021.

³ I.A.T. HASHEM, *The role of big data in smart city*, *International Journal of Information Management*, vol. 36, Issue 5, October 2016, par. 4.2; R. DUCATO, *Database genetici, biobanche e "health information technology"*, in G. PASCUZZI (a cura di), *Il diritto dell'era digitale*, Bologna, 2016.

⁴ F. GASPARRI, *La circolazione dei dati genetici e delle biobanche: limiti e prospettive de iure condendo*, in *La digitalizzazione dei servizi sanitari, il diritto alla salute e la tutela dei dati personali*, *Federalismi.it*, 5/2021.

⁵ R. BIFULCO, *Intelligenza Artificiale, internet e ordine spontaneo*, in F. PIZZETTI (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018, pp. 383 ss., spec. pp. 386 ss.; A. SPINA, *La medicina degli algoritmi: Intelligenza Artificiale, medicina digitale e regolazione dei dati personali*, in F. PIZZETTI (a cura di), *Intelligenza Artificiale*, cit., pp. 319 ss.

⁶ Il tema è estremamente affascinante, ma non esente da rischi puntualmente evidenziati nel vivace dibattito dottrinario degli ultimi anni su questi temi. Si è suggestivamente notato come gli algoritmi basati sull'Intelligenza Artificiale perdano il carattere della "dominabilità". In questo senso cfr. M. CORRADINO, *Intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: sfide concrete e prospettive future*, in *Il Diritto Amministrativo*, n. 09/2021. L'Autore nota come a differenza del cd. "algoritmo tradizionale", l'intelligenza artificiale precede la soluzione del caso concreto, quindi, non applica automaticamente la medesima soluzione in serie a situazioni simili. L'algoritmo "sceglie" il comportamento più giusto da tenere secondo un processo di analisi basato sull'acquisizione di dati precedentemente forniti, che termina con l'elaborazione di una previsione, di uno scenario. In altre parole, l'uomo "addestra" l'algoritmo con dei dati, ma è l'algoritmo che man mano impara a leggere la realtà, a catalogarla e a suggerire le soluzioni.

⁷ M. CORRADINO, *Intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: sfide concrete e prospettive future*, cit.

Anche la Commissione europea ha colto la centralità dei *big data*, fonte di sviluppo e di crescita per il benessere dell'Unione e per l'implementazione delle attività diagnostiche e di cura dei sistemi sanitari di ogni Paese. In questa prospettiva, la Commissione si è impegnata a implementare il possibile apporto dei singoli cittadini alla creazione dell'*European Health Data Space* mediante «studies of current market where health data is out of reach for authorities; analysis of current means to access the data or grant access to the data; guidance on how to use citizen controlled health data to prevent/track future epidemics»⁸.

Su queste tematiche sono stati attivati diversi progetti, tra cui il progetto TEHDAS (*Towards the European Health Data Space*)⁹ che coinvolge 21 Stati membri dell'UE. Il progetto, coordinato dal Fondo finlandese per l'innovazione Sitra, è strumentale all'Azione Comune (avviata nel 2021) chiamata a sostenere i lavori della Commissione sullo Spazio europeo dei dati sanitari¹⁰ ed è finalizzato a: riunire i soggetti interessati all'uso dei dati sanitari per la ricerca e per l'elaborazione di politiche nell'UE (cd. uso secondario dei dati); raccogliere le migliori pratiche disponibili nell'UE sull'uso secondario dei dati e sviluppare le nozioni e le opzioni necessarie per un loro uso secondario efficiente.

Nel quadro appena tratteggiato, caratterizzato dalla promozione di aggregazioni tra gli attori che possono favorire questi processi, questo contributo intende valutare la possibilità di impiegare i contratti di rete¹¹ per condividere informazioni tra i soggetti pubblici detentori dei dati e i soggetti privati operanti nel settore dell'Information Technology.

L'indagine non si estenderà ad altre forme di cooperazione anche più collaudate in ragione della maggiore flessibilità che i contratti di rete sembrano poter garantire.

Ci si riferisce in particolare ai consorzi che possono assolvere a finalità sovrapponibili e presentano importanti punti di contatto con le reti di imprese¹². I consorzi misti pubblici privati hanno già avuto larga fortuna nel campo sanitario. Una rilevazione della Corte dei conti¹³ ha rivelato come

8

https://www.google.com/search?q=TEHDAS&rlz=1C1FGUR_itT890IT890&coq=TEHDAS&aqs=chrome..69i57j0i30l9.1450j0j15&sourceid=chrome&ic=UTF-8#.

⁹ Azione comune verso lo spazio europeo dei dati sanitari - TEHDAS.

¹⁰ Cfr. *European Health Data Space*, Salute pubblica (europa.eu).

¹¹ Per la disciplina della Rete di imprese si veda l'art. 3, comma 4-ter e ss. del d.l. n. 5/2009.

¹² *Sed contra*, G. MOSCO, *Frammenti ricostruttivi sul contratto di rete*, *Giurisprudenza commerciale*, fasc. 6, 2010, p. 839.

¹³ Cfr. Elaborazione Corte dei conti, banca dati DT-MEF, rilevazione del 13 novembre 2019.

nel settore sanitario la società consortile rappresenta la forma più utilizzata tra le società partecipate degli enti sanitari, seguita dalla società a responsabilità limitata e dai consorzi¹⁴.

La dottrina ha notato come le reti siano inizialmente apparse come «una brutta copia del consorzio»¹⁵, una specie di «consorzio di serie B che costa di meno costituire e gestire e che ha maggiore elasticità di forme»¹⁶. A ben vedere, però, l'elasticità rappresenta un attributo prezioso per accelerare le procedure e consentire adeguamenti più rapidi in grado di rispondere alle mutevoli esigenze di un mercato che si caratterizza per tempi di sviluppo estremamente concentrati.

Ci si interrogherà in particolare sui vincoli di evidenza pubblica gravanti sui soggetti pubblici e sulle possibili soluzioni che possano ridurre e semplificare le procedure di creazione e adesione di reti destinate a favorire la ricerca e lo sviluppo di nuovi algoritmi di AI in campo sanitario.

L'individuazione di soluzioni operative prenderà le mosse da alcuni scenari ipotetici che potrebbero presentarsi nell'esperienza concreta.

In primo luogo, si ipotizzerà che i dati sanitari siano detenuti da società soggette al controllo¹⁷ di enti o amministrazioni pubbliche e che abbiano come scopo principale quello di erogare servizi sanitari.

¹⁴ Tra le esperienze più significative si segnala il CNCCS: una società consortile pubblico-privata costituita nel 2010 tra il CNR, ISS e IRBM S.p.A., per la gestione del *repository* nazionale di composti chimici associato ad un centro di *screening* (HTS) per l'identificazione di nuovi *leads* attivi su bersagli biologici di interesse. Un Consorzio che secondo la stampa avrebbe svolto un ruolo chiave nella ricerca propedeutica allo sviluppo del vaccino Vaxzevria (in collaborazione con l'Università di Oxford e la multinazionale anglo-svedese AstraZeneca). Il progetto risponde a un'importante richiesta nel campo biomedico: la traslazione delle scoperte della ricerca di base nello sviluppo e commercializzazione di nuovi prodotti. Per soddisfare queste necessità la società consortile è apparsa lo strumento ideale per coniugare le composite finalità di entri pubblici e privati.

¹⁵ D. CORAPI, *Dal consorzio al contratto di rete: spunti di riflessione*, in AA.VV., *Le reti di imprese e i contratti di rete*, a cura di P. IAMICELI, in *Le reti di imprese*, (nt. 12), pp. 170 ss.

¹⁶ G. BONFANTE, *I consorzi e le reti di impresa*, in *Diritto ed Economia dell'Impresa*, 2016.

¹⁷ Sulla discussa nozione di società in controllo pubblico, più diffusamente v. F. SUCAMELI, *La tormentata nozione di "controllo pubblico" nel TUSP*, in www.dirittoeconomi.it, 9 marzo 2020; R. RANUCCI, *Le società a controllo pubblico: forme e modalità di controllo da parte di una pluralità di soci pubblici*, in *Rivista della Corte dei conti*, n. 3/2019, pp. 179 ss.; V. OCCORSIO, R. RANUCCI, *Società pluripartecipate: controllo pubblico, controllo analogo congiunto e partecipazioni "pulviscolari"*, in *Rivista della Corte dei conti*, n. 5/2019; O. CALEO, *La giustiziabilità delle delibere di controllo della Corte dei conti: evoluzione normativa e orientamenti giurisprudenziali (2a parte)*, in *Azienditalia*, n. 11/2019; B.G. DONVITO, *Art. 2359: società controllate e società collegate*, in G. GRIPPO (cura di), *Commentario delle società*, I, Torino, 2009, p. 396; A. MAFFEI ALBERTI, *Art. 2359, Commentario breve al diritto delle società*, Padova, 2017, pp. 495 ss.; M. NOTARI, J. BERTONE, *Art. 2359*, in M. NOTARI (a cura di), *Commentario alla riforma delle società*, Milano, 2008, p. 683; V. DONATIVI, *"Società a controllo pubblico" e società a partecipazione pubblica maggioritaria*, in *Giurisprudenza commerciale*, n. 5/2018, p. 761; V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, Milano, 2016, (nt. 25), pp. 582 ss.; R. RANUCCI, *Società, società a partecipazione pubblica, società a controllo pubblico: definizioni tra diritto comune societario e testo unico delle società a partecipazione pubblica*, a cura di F. FIMMANÒ, A. CATRICALÀ, R. CANTONE, *Le società pubbliche: fenomenologia di una fattispecie*, cit., Tomo I, pp. 189-202.

Ci si interrogherà quindi sulla possibilità che tali società costituiscano o aderiscano a reti di imprese¹⁸ con operatori privati operanti nel settore informatico allo scopo di favorire e promuovere lo sviluppo di nuovi algoritmi con capacità predittive di supporto nelle attività diagnostiche e terapeutiche.

Per semplificare l'individuazione delle soluzioni, si presupporrà inoltre che i soggetti pubblici interessati a far parte della rete dispongano e siano autorizzati a trattare dati sanitari anche per lo sviluppo di nuovi modelli o abbiano provveduto alla relativa anonimizzazione.

L'indagine sulla possibilità di concludere contratti di rete e sul relativo regime giuridico dovrà inoltre tener conto di ulteriori fattori.

Occorrerà infatti verificare se una società pubblica possa prendere parte a una rete di imprese e se la creazione o l'adesione a una rete sia soggetta all'ambito di applicazione del Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (d.lgs. n. 175/2016)¹⁹ e agli stringenti limiti ivi previsti.

3. La capacità negoziale di una società a partecipazione pubblica e i requisiti dei contratti di rete

Il primo quesito che occorre affrontare è se una società pubblica, per ipotesi detentrica di dati sanitari utili per l'allenamento di algoritmi di AI, possa essere ricompresa nel novero dei soggetti abilitati a concludere un contratto di rete.

La disciplina speciale contenuta nel d.l. n. 5/2009 (convertito in legge 9 aprile 2009, n. 33) precisa che il contratto è concluso da più imprenditori; ha come oggetto la collaborazione, lo scambio e l'esercizio in comune di una attività di impresa; ha, come causa, l'accrescimento del livello competitivo della rete e delle imprese retiste.

¹⁸ La fattispecie giuridica in riferimento è quella individuata dalla cd. Legge sui Contratti di Rete, d.l. 10 febbraio 2009, n. 5 e s.m.i. Per approfondire G.A. RECCHIA, *Relazioni Industriali e Risorse Umane, Contratto di rete e disciplina dei rapporti di lavoro: titolarità dell'obbligazione e imputazione della responsabilità*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, fasc. 1, 1° marzo 2019, p. 165; E. BRIGANTI, *La nuova legge sui "contratti di rete" tra le imprese: osservazioni e spunti*, in *Notariato*, n. 2/2010; F. CAFAGGI, *Il contratto di rete, Commentario*, Bologna, 2009; R. SANTAGATA, *Il «contratto di rete» fra (comunione di) impresa e società (consortile)*, in *Rivista di Diritto Civile*, n. 3/2011; P. RAUSEI, M. BARBIZZI, *Contratti di rete: contenuti e possibilità di utilizzo*, in *Diritto & Pratica del Lavoro*, 3/2021; V. DONATIVI, *Le reti di imprese, natura giuridica e modelli di governance*, in *Le Società*, 12/2011; M. ZANNI, *La nuova disciplina del contratto di rete*, in *Il Fisco*, 47/2012; L. BERTOZZI, *Il contratto di rete: la partecipazione degli imprenditori e degli altri soggetti*, in *Il Fisco*, 3/2016; P. SACCOMANNO, *Il contratto di rete: profili di un'indagine aperta*, in *Contratto e Impresa*, 2/2017.

¹⁹ Anche noto come "Testo unico in materia di società a partecipazioni pubbliche".

Per valutare se i soggetti pubblici in forma societaria detentori di dati sanitari possano entrare a far parte di una rete occorre passare in rassegna le principali tipologie di società pubbliche che potrebbero aderire.

Occorre infatti tener conto del diverso regime e delle finalità delle società pubbliche, delle società *in house* e delle società qualificabili come organismi di diritto pubblico.

L'interpretazione letterale delle norme sembra confermare che una comune società a partecipazione pubblica, che non sia anche qualificabile come società *in house* o come organismo di diritto pubblico, possa validamente concludere contratti di rete²⁰, senza particolari sforzi interpretativi.

Sembrebbero soddisfatte le condizioni relative alla natura delle parti del rapporto obbligatorio²¹, alla causa del contratto²² e all'oggetto²³.

Maggiori dubbi sorgono con riguardo alle società pubbliche che abbiano la natura di organismo di diritto pubblico²⁴, rispetto alle quali la qualifica di imprenditore non pare sempre agevolmente predicabile, considerato che la relativa genesi deve essere funzionalizzata al perseguimento di finalità di carattere generale non aventi natura commerciale o industriale.

Le perplessità non paiono comunque insormontabili. La giurisprudenza europea tende a qualificare come organismi di diritto pubblico anche soggetti che hanno una vocazione ibrida solo

²⁰ Come sostenuto tra gli altri da P. RAUSEI, M. BARBIZZI, *Contratti di rete: contenuti e possibilità di utilizzo*, in *Diritto & Pratica del Lavoro*, 3/2021. nella parte in cui: «Il contratto di rete riguarda «più imprenditori», ne consegue, anzitutto, che possono essere parti del contratto di rete d'impresе solo gli imprenditori, ai sensi dell'art. 2082 cod. civ., salvo quanto previsto dall'art. 12, comma 3, legge n. 81/2017».

²¹ Come richiesto dalla norma deve trattarsi di «più imprenditori», e con ciò il riferimento andrebbe all'ossequio dell'art. 2082 cod. civ.

²² Rintracciabile nel dettato normativo nella parte in cui stabilisce che le società partecipanti «perseguono lo scopo di accrescere, individualmente e collettivamente, la propria capacità innovativa e la propria competitività sul mercato».

²³ Le società «si obbligano, sulla base di un programma comune di rete, a collaborare in forme e in ambiti predeterminati attinenti all'esercizio delle proprie imprese ovvero a scambiarsi informazioni o prestazioni di natura industriale, commerciale, tecnica o tecnologica ovvero ancora ad esercitare in comune una o più attività rientranti nell'oggetto della propria impresa».

²⁴ Sulla nozione di organismo di diritto pubblico cfr., tra gli altri, S. GIRELLA, *Organismi di diritto pubblico e Imprese pubbliche: l'ambito soggettivo degli appalti europeo e nazionale*, Milano, 2010; B. MAMELI, *L'organismo di diritto pubblico: profili sostanziali e processuali*, Milano, 2003; R. GAROFOLI, *Organismo di diritto pubblico: il recente allineamento tra Giudice comunitario e nazionale e i profili ancora problematici*, in R. GAROFOLI, M.A. SANDULLI, *Il nuovo diritto degli appalti pubblici dopo la direttiva unificata n. 18/2004*, Milano, p. 504; S. GIRELLA, *Organismi di diritto pubblico e imprese pubbliche. L'ambito soggettivo nel sistema degli appalti europeo e nazionale*, Milano, 2010; M. CHITI, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, Bologna, 2000. Sempre sull'argomento sia consentito rinviare a D. CAPOTORTO, *Poste Italiane Organismo di diritto pubblico? Il conflitto interpretativo torna a Lussemburgo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5/2019.

parzialmente attratta da interessi di carattere generale non aventi carattere commerciale²⁵. La nozione di organismo di diritto pubblico ha acquisito una connotazione «settoriale, funzionale e dinamica, perché strettamente legata all'affidamento dei contratti»²⁶. Le Sezioni Unite della Cassazione²⁷ hanno anche chiarito come non possa considerarsi determinante il mero fatto che la società operi in un mercato concorrenziale ai fini dell'esclusione della sua qualifica di organismo di diritto pubblico, trattandosi di un indizio presuntivo, superabile con prova contraria, e non di un elemento dirimente. È pertanto organismo di diritto pubblico anche quell'ente che svolge attività imprenditoriali in un regime concorrenziale ove permangano altri indici rivelatori.

In sintesi la qualifica di organismo di diritto pubblico e lo svolgimento di attività di impresa sarebbero condizioni tra loro conciliabili.

Sul punto si devono segnalare posizioni contrarie in dottrina²⁸ e in giurisprudenza²⁹ che, partendo dalle caratteristiche ritenute essenziali nella qualifica di imprenditore, arrivano a negarne la conciliabilità con quella di organismo di diritto pubblico³⁰.

Del resto, come ricorda parte della dottrina, non possono neppure essere “retisti” gli enti non commerciali che esercitino solo ed esclusivamente attività istituzionali oppure attività commerciali occasionali e sussidiarie rispetto a quella istituzionale³¹. Altra parte della dottrina ritiene, invece, che

²⁵ Cfr. C. giust. CE, 15 gennaio 1998, causa C-44/96, Mannesmann.

²⁶ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 11/7/2016 n. 3043.

²⁷ Cfr. Cass. Sez. Un., ord. n. 17567 del 28 giugno 2019.

²⁸ M.A. SANDULLI, *Verso una coerente delimitazione dell'ambito pubblicistico alle attività di effettiva rilevanza pubblica: sottratti a gara e affidati al giudice ordinario l'affidamento delle aree commerciali della stazione Termini di Roma e gli appalti sotto soglia dei privati gestori di servizi pubblici* (in margine a Cass. Sez. Un., 4 maggio 2006 n. 10218; Tar Piemonte, Sez. II, 6 giugno 2006 n. 2256; Tar Lombardi, Milano, Sez. III, ord. 12 aprile 2006 n. 894).

²⁹ Cfr. senza pretese di esaustività, C. giust. UE 10 maggio 2001, C-223/99 e C-260/99; 10 novembre 1998, C-360/96; 5 ottobre 2017, C-567/15; Cons. Stato 19 novembre 2018, n. 6534; Tar. Lazio, Roma, Sez. II ter, 18 febbraio 2013, n. 1778; Cons. Stato, Sez. V, 26 luglio 2016, n. 3345 e Cons. Stato, Sez. IV, 3 ottobre 2014, n. 4949.

³⁰ In questa direzione sembra deporre anche il considerando n. 10 della dir. n. 1024/2014 che testualmente recita «La nozione di “amministrazioni aggiudicatrici” e, in particolare, quella di “organismi di diritto pubblico” sono state esaminate ripetutamente nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea. Per precisare che l'ambito di applicazione della presente direttiva *ratione personae* dovrebbe rimanere invariato è appropriato mantenere le definizioni su cui si è basata la Corte e inserire alcune precisazioni fornite da detta giurisprudenza quale chiave di lettura delle definizioni stesse, senza l'intenzione di alterare la comprensione di tale concetto quale elaborato dalla giurisprudenza. A tal fine, è opportuno precisare che un organismo che opera in condizioni normali di mercato, mira a realizzare un profitto e sostiene le perdite che risultano dall'esercizio delle sue attività non dovrebbe essere considerato un “organismo di diritto pubblico”, in quanto è lecito supporre che sia stato istituito allo scopo o con l'incarico di soddisfare esigenze di interesse generale che sono di natura industriale o commerciale. Analogamente, la giurisprudenza ha anche esaminato la condizione relativa all'origine del finanziamento dell'organismo in questione, precisando, tra l'altro, che per «finanziati in modo maggioritario» si intende per più della metà e che tale finanziamento può includere pagamenti da parte di utenti che sono imposti, calcolati e riscossi conformemente a norme di diritto pubblico».

³¹ Così, L. BERTOZZI, *Il contratto di rete: la partecipazione degli imprenditori e degli altri soggetti*, in *Il Fisco*, 3/2016.

possano far parte del contratto di rete anche enti pubblici che abbiano per oggetto esclusivo o principale un'attività di impresa non necessariamente commerciale, allo stesso modo delle aziende senza scopo di lucro, non essendo preclusa la possibilità di realizzare reti miste³². Aderendo a questa ultima impostazione si potrebbe ammettere, dunque, anche l'adesione delle aziende sanitarie locali. L'evoluzione giurisprudenziale e dottrinale le ha da tempo qualificate come enti pubblici economici³³ che agiscono tramite atti di diritto privato entro i limiti validi per tutti i soggetti di diritto pubblico³⁴.

È però doverosa un'ulteriore precisazione. La circostanza che alcuni soggetti possano essere considerati estranei alla nozione di imprenditore, e quindi non possano ricoprire la qualifica di retisti, non esclude *tout court* che gli stessi possano esserne parte attiva. Un ente escluso potrà sicuramente essere, ad esempio, il promotore delle finalità della rete, o in ogni caso potrà svolgere il ruolo di organo comune nell'ipotesi della "rete-soggetto"³⁵.

Per completare il quadro degli scenari occorre volgere lo sguardo anche verso un altro modello di società pubblica: le società cd. *in house*³⁶, che in molte regioni rivestono un ruolo centrale nell'erogazione di servizi informatici afferenti al SSN.

³² Così P. SACCOMANNO, *Il contratto di rete: profili di un'indagine aperta*, in *Contratto e Impresa*, 2/2017.

³³ Cfr. Tar Catanzaro, Sez. II, 17 gennaio 2001, n. 37, confermata in appello da Cons. Stato, Sez. V, 9 maggio 2001, n. 2609; 5 aprile 2002 n. 809; il riferimento è anche a Cass. civ., Sez. III, 20 maggio 2014, n. 11088, secondo la quale, dopo le modifiche apportate dal d.lgs. n. 229/1999 all'art. 3 d.lgs. 502/1992, è coerente attribuire alle ASL la qualifica di enti pubblici economici, nonché a Corte cost., 20 marzo 2013, n. 49, secondo cui le ASL si caratterizzano per essere enti pubblici economici esercenti la loro attività secondo le regole del diritto privato. Si veda anche Corte cost. n. 49/2013.

³⁴ La natura di ente pubblico economico comporta che esso può ricorrere a strumenti di diritto privato per il raggiungimento delle finalità istituzionali cui è preposto, senza tuttavia escludere che, quale "organismo di diritto pubblico", esso sia, comunque, soggetto alle relative disposizioni in tema di scelta del contraente e di forma del contratto *ad substantiam*, derivandone, in mancanza, la nullità *ex art.* 1418, primo comma, cod. civ. dei contratti conclusi, per violazione di norma imperativa (Cass. n. 15196/2017, nonché Cass. n. 24640/2016), così Corte appello Perugia, Sez. lav., n. 145.

³⁵ In questi termini si veda L. BERTOZZI, *Il contratto di rete: la partecipazione degli imprenditori e degli altri soggetti*, in *Il Fisco*, 3/2016.

³⁶ Diffusamente sulla tematica, R. DE NICTOLIS, L. CAMERIERO, *Le società pubbliche in house e miste*, cit.; F. FIMMANÒ, *L'ordinamento delle società pubbliche tra natura del soggetto e natura dell'attività*, cit.; G. COPPOLA, *La dinamica della governance sulle società "in house"*, a cura di F. FIMMANÒ, *Le società pubbliche ordinamento, crisi ed insolvenza*, cit., pp. 219-241; G. PIPERITA, *La partecipazione delle pubbliche amministrazioni a società di capitali nel nuovo disegno di riforma: modelli, procedure e limiti*, a cura di F. CERIONI, *Le società pubbliche nel Testo Unico, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, cit. 29; A. BOVE, *La disciplina delle società in house tra le norme del testo unico e quelle del codice dei contratti pubblici*, in F. FIMMANÒ, A. CATRICALÀ, R. CANTONE (a cura di), *Le società pubbliche, fenomenologia di una fattispecie*, cit., pp. 229-267; L. IMPARATO, *Il modello della società in house*, p. 269; R. RUSSO, *La legittimità della normativa nazionale dell'affidamento "in house"*, in *GiustAmm.it*, 2020, fasc. 10, 1; E. CODAZZI, *L'assetto organizzativo delle società sottoposte a controllo analogo: alcune considerazioni sull'"in house providing" tra specialità della disciplina e "proporzionalità delle deroghe"*, in *Il diritto dell'economia*, 2019, fasc. 2, p. 127; C.P. GUARINI, *Una nuova stagione per l'"in house providing"? L'art. 192, comma 2, d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, tra dubbi*

Come noto, il modello della società *in house*³⁷ è ancorato a parametri rigorosi in assenza dei quali gli affidamenti diretti non sono consentiti. Tutte le società *in house* che ricevano (legittimamente) affidamenti diretti dovrebbero essere caratterizzate dalla sussistenza di uno stretto legame con l'ente o con gli enti pubblici che ne detengono il capitale e nei cui confronti erogano servizi (cd. controllo analogo) e dovrebbero svolgere le proprie attività prevalentemente nell'interesse delle amministrazioni controllanti³⁸.

Gli stringenti requisiti imposti dalla normativa settoriale³⁹ abilitano a qualificare la società *in house* come una *longa manus* della pubblica amministrazione⁴⁰, una sorta di organo interno di enti che potrebbero non avere natura imprenditoriale.

Altre caratteristiche inducono tuttavia a ritenere che anche questa peculiare categoria di società pubbliche possa prendere parte a un contratto di rete.

di legittimità costituzionale e sospetti di incompatibilità eurounitaria, in *Federalismi.it*, 2019, fasc. 8; M. CIAN, *I requisiti qualificatori della società in house*, in *Giur. Comm.*, 2019, fasc. 2, 196; E. CIVERRA, *La società "in house" è una società*, in *Le Società*, 2019, fasc. 3, pp. 320-325; F. CARINGELLA, *L'affidamento in house*, in R. GAROFOLI, M.A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, Milano, 2005; S. COLOMBARI, *L'in house providing dopo le direttive europee del 2014: un nuovo assetto nei rapporti tra enti nell'ambito del settore pubblico?*, in *Diritto amministrativo e società civile*, I, Studi introduttivi, Bologna, 2018, p. 423; M. DUGATO, *Le società in house*, in G. PRESTI, M. RENNA (a cura di), *Le imprese a partecipazione pubblica*, Milano, 2018, p. 63; S. FANTINI, *Art. 16. Società in house*, in *Codice* (nt. 5), 367; G. GALETTA, G. GARULLO, *Gestione dei servizi pubblici locali e in house providing: novità auspici e scenari futuri in una prospettiva di de-frammentazione del sistema*, in *Rivista italiano di diritto pubblico comunitario*, 2016, p. 371; A. MALTONI, *Le società in house nel T.U. sulle partecipate pubbliche*, in *Urbanistica e appalti*, 2017, 7; C. PECORARO, *Le società in house: profili societari*, in C. IBBA, I. DEMURO (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Bologna, 2018, p. 191; M.A. SANDULLI, F. APERIO BELLA, *L'evoluzione dell'in house providing*, in *Il libro dell'anno del diritto*, Roma, 2016, p. 228; E. STANIZZU, *Le società in house*, in R. GAROFOLI, A. ZOPPINI (a cura di), *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, Bari, 2018, p. 96; G. VELTRI, *L'in house nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, p. 488; F. VESSIA, *Le società in house: profili concorrenziali*, in *Le società a partecipazione pubblica*, (nt. 12), p. 229; C. VOLPE, *Le nuove direttive sui contratti pubblici e l'in house providing: problemi vecchi e nuovi*, in *Rivista italiano di diritto pubblico comunitario*, 2015, p. 1168; E. TOZZO, *Gli affidamenti alle società cosiddette in house alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici e del testo unico in materia società a partecipazione pubblica*, in *Rivista trimestrale appalti*, 2017, fasc. 4, p. 1079.

³⁷ Definite all'art. 2, lett. o), d.lgs. 175/2016.

³⁸ Il Testo Unico sulle Società a partecipazione pubblica, all'art. 16, comma 3, la individua nella misura dell'80% del fatturato totale. Giova evidenziare che il Tusp riproduce i requisiti della *in house*, richiamando quelli sviluppatasi nella giurisprudenza e poi nelle direttive comunitarie di riferimento come la 2014/24/UE, che aveva abrogato la direttiva 2004/18/CE, e la direttiva 2014/25/UE e 2014/23/UE. Il Codice dei Contratti allo stesso modo li prevede, dettandoli tra gli altri all'artt. 5 e 192.

³⁹ Si veda tra gli altri, M. CIAN, *I requisiti qualificatori della società in house*, in *Giurisprudenza commerciale*, fasc. 2, 1° aprile 2019, p. 196.

⁴⁰ Così, tra le altre, Cons. St., Sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660.; Cass. civ., Sez. Un., 25 novembre 2013, n. 26283; Corte cost., 28 marzo 2013, n. 50.

Occorre infatti considerare che le società *in house* devono erogare servizi secondo logiche imprenditoriali e sono legittimate a svolgere attività commerciali *extra moenia*, pur nei limiti quantitativi imposti dalla normativa di settore (ovverosia il 20% del fatturato complessivo, che può essere incrementato qualora l'attività resa per altri clienti non soci permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società)⁴¹.

Inoltre, la necessità per le società *in house* di accrescere la propria competitività è imposta dalla normativa settoriale (cfr. art. 192 del d.lgs. n. 50/2016) che ammette affidamenti diretti verso società *in house* solo a condizione che riescano a offrire i beni e servizi secondo *standard* economici e qualitativi superiori o quantomeno equiparabili a quelli che possono essere reperiti sul mercato.

Ciò implica che anche le società *in house* che non svolgono alcuna attività *extra moenia* devono pur sempre garantire standard qualitativi non inferiori a quelli offerti dal mercato, pena l'illegittimità degli affidamenti di servizi da parte dell'amministrazione controllante.

4. L'applicabilità del d.lgs. n. 175/2016

Sciolto il nodo sulla possibilità per le società pubbliche di aderire a contratti di rete, occorre interrogarsi sull'applicabilità della disciplina contenuta nel Testo unico sulle società a partecipazione pubblica (d.lgs. n. 175/2016).

Il Testo unico, oltre a porre limiti alla costituzione e all'acquisto di partecipazioni in società da parte di enti pubblici, pone una serie di vincoli al fenomeno della partecipazione cd. indiretta di amministrazioni pubbliche⁴², ottenuta per il tramite di società da esse controllate.

La stessa decisione di costituire o entrare a far parte di una rete di imprese ove assunta da una società pubblica potrebbe essere soggetta al rispetto delle regole speciali previsti dalle norme citate, incluse quelli afferenti alle modalità di selezione dei partner privati.

Il Testo unico non contiene alcun riferimento alla conclusione dei contratti di rete e tanto indurrebbe a ritenere che gli stessi siano esterni all'ambito oggettivo di applicazione delle norme citate.

⁴¹ Cfr. art. 16, comma 3-*bis*, d.lgs. n. 175/2016.

⁴² Il Tusp, all'art. 2, lett. *g*), la definisce come: «la partecipazione in una società detenuta da un'amministrazione pubblica per il tramite di società o altri organismi soggetti a controllo da parte della medesima amministrazione pubblica».

La soluzione interpretativa appena avanzata presenta dei punti di debolezza se si esaminano le reti caratterizzate da forme di cooperazione istituzionale, ovverosia quando i retisti decidano di avvalersi della facoltà, prevista dalla normativa sui contratti di rete⁴³, di dotare la rete di un fondo comune, di un organo comune e/o di soggettività giuridica⁴⁴. Il contratto di rete d'impresa, infatti, può strutturarsi, alternativamente, in: "rete-contratto": per cui il contratto di rete ha soltanto effetti obbligatori tra le imprese partecipanti; oppure di "rete-soggetto" (o "rete-organizzazione"): quando il contratto di rete genera un ente autonomo dotato di soggettività giuridica.

L'attribuzione di soggettività giuridica alla rete di imprese implica l'applicazione di una serie di istituti tipici delle società commerciali con molteplici sovrapposizioni che finiscono per creare una fortissima contiguità con il fenomeno societario⁴⁵.

A fronte dell'emersione di evidenti tratti di contiguità con le società commerciali potrebbe ragionevolmente ipotizzarsi un'applicazione analogica delle norme del T.U. sulle società pubbliche anche alle reti-soggetto.

Diversamente, laddove la rete risulti priva di soggettività giuridica, sembra potersi escludere l'applicazione delle restrittive disposizioni del T.U. citate in tema di costituzione delle società (o di acquisto di partecipazioni) e di adesione e selezione del socio privato.

L'art. 2 dello stesso testo normativo, nel dettare le definizioni e il proprio ambito di applicazione, specifica espressamente che per «partecipazione» si intende «la titolarità di rapporti comportanti la qualità di socio in società o la titolarità di strumenti finanziari che attribuiscono diritti amministrativi». Dunque, sembra potersi concludere che la creazione di reti soggetto con *partner*

⁴³ Cfr. art. 3, commi 4 e ss., d.l. 10 febbraio 2009, n. 5.

⁴⁴ Cfr. Agenzia delle Entrate, circolare n. 20/E del 18 giugno 2013 ove si chiarisce che la «rete-soggetto» è in un'entità distinta e autonoma rispetto alle imprese retiste, titolare di situazioni impositive proprie, con specifico riferimento all'imposta sul reddito delle società (IRES), all'Irap e all'IVA. Sempre secondo la circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 20/E/2013 la rete d'impresa con soggettività giuridica deve tenere le scritture contabili previste dalla legge per l'attività commerciale esercitata. Sul tema cfr. anche P. RAUSEI, M. BARBIZZI, *Contratti di rete: contenuti e possibilità di utilizzo*, in *Diritto & Pratica del Lavoro*, 3/2021.

⁴⁵ È utile rammentare come, ai sensi dell'art. 3, comma 4-*quater*, legge n. 5/2009, la Rete di Imprese: «può iscriversi nella sezione ordinaria del registro delle imprese nella cui circoscrizione è stabilita la sua sede; con l'iscrizione nella sezione ordinaria del registro delle imprese nella cui circoscrizione è stabilita la sua sede la Rete acquista soggettività giuridica». Ciò significa che la Rete, anche eventualmente fornita dei requisiti di forma e di struttura (fondo patrimoniale comune e organo comune) previsti dalle norme dedicate a tale istituto, non sempre acquista, in quanto tale, la soggettività giuridica (non costituisce, cioè, "soggetto giuridico" autonomo e distinto dalle parti che l'hanno costituito), a meno che i contraenti retisti non esercitino – a tale fine – la facoltà, ad essi concessa, di utilizzare la forma di pubblicità prescritta dalla norma e costituita dall'iscrizione del contratto nella sezione ordinaria del registro delle Imprese in cui è stabilita la sede della Rete. L'acquisto della soggettività giuridica ad opera di una Rete di Imprese, pertanto, deve ritenersi subordinato ad una manifestazione di volontà espressa in tal senso da parte degli imprenditori aderenti alla Rete all'atto della relativa costituzione (o anche successivamente).

privati dovrebbe essere preceduta dall'espletamento delle procedure di evidenza pubblica, mentre le collaborazioni pubblico/private fondate su reti contratto potrebbero considerarsi sottratte agli obblighi direttamente contenuti nel T.U. sulle società pubbliche, salva l'analisi sulla sussistenza di obblighi ricavabili da altre fonti normative.

5. La qualificazione delle società operanti nel SSN e le implicazioni rispetto agli obblighi di evidenza pubblica

Per sciogliere il nodo in merito all'eventuale sussistenza di obblighi di evidenza pubblica gravanti sulla società detentrici di dati sanitari soggetta al controllo di enti o amministrazioni pubbliche, pur sgombrato il campo dall'applicazione del Testo Unico sulle società pubbliche, occorrono ulteriori indagini che devono tener conto della natura dell'*asset* che viene conferito in seno alla rete e della natura del soggetto che detiene i dati e li condivide per scopi di ricerca e sviluppo, al diverso fine di verificare se l'adesione alla rete sia attratta dalla disciplina del codice dei contratti pubblici.

In quest'ottica, sotto il profilo soggettivo, risulta dirimente verificare se il titolare dei dati sanitari abbia la veste di impresa pubblica, di organismo di diritto pubblico o, ancora, di società *in house* o di società mista (pubblico/privata).

Le imprese pubbliche, infatti, sono tenute al rispetto degli obblighi di evidenza pubblica esclusivamente per l'affidamento di attività afferenti ai cd. "settori speciali" (di cui agli artt. 115-121 del d.lgs. 50/2016)⁴⁶.

Sul punto giova ricordare che devono intendersi per "imprese pubbliche", ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. *t*), del d.lgs. 50/2016 «le imprese sulle quali le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante» o perché ne sono proprietarie, o perché vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù delle norme che disciplinano dette imprese.

L'influenza dominante si presume quando le amministrazioni aggiudicatrici, direttamente o indirettamente, detengono la maggioranza del capitale sottoscritto; controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa e possono designare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa.

⁴⁶ Il riferimento è, in particolare, ai seguenti settori Gas ed energia termica, Elettricità, Acqua, Servizi di trasporto, Porti e Aeroporti, Servizi postali, Estrazione di gas e prospezione o estrazione di carbone o di altri combustibili solidi.

Al contempo, fermo restando quanto previsto dagli articoli 5 e 192 del Codice dei contratti pubblici, sono soggette al rispetto del d.lgs. 50/2016 anche le società cd. *in house providing*, così come analiticamente disciplinate dal combinato disposto degli artt. 5 d.lgs. 50/2016 e 16 del TUSP.

La soggezione alle regole dell'evidenza pubblica è altresì prevista per le cd. società miste⁴⁷ e con esse il riferimento va ai cd. PPPI, nel rispetto di quanto previsto dall'art. 17 del d.lgs. 175/2016. Per le restanti tipologie di società a partecipazione pubblica, pur controllate, non è invece previsto il rispetto del Codice dei contratti, a meno che le stesse non possiedano i requisiti dell'organismi di diritto pubblico⁴⁸.

6. L'ingresso nella rete di organismi di diritto pubblico e di soggetti tenuti all'osservanza del codice dei contratti pubblici

Una volta acclarata la qualificazione della società di interesse in termini di comune società a partecipazione pubblica, di organismo di diritto pubblico, di società *in house* o di società mista, è opportuno procedere ad analizzare i diversi corollari che derivano dall'una o l'altra qualificazione.

Qualora la società detentrici dei dati sanitari sia un'impresa pubblica, l'applicabilità degli obblighi di evidenza pubblica discendenti dal d.lgs. n. 50/2016 potrebbe escludersi già in ragione del fatto che le attività afferenti al settore sanitario sono estranee all'alveo dei settori speciali.

Ove invece le società pubbliche aderenti alla rete siano qualificabili come organismi di diritto pubblico, società *in house* o società miste, le stesse saranno sottoposte, almeno da un punto di vista soggettivo, alla disciplina pubblicistica anche nei settori ordinari.

⁴⁷ Sul punto diffusamente, N. AICARTI, *Società miste e affidamenti di contratti pubblici*, in *Giurisprudenza commerciale*, fasc. IV, agosto 2020, p. 756; A. GRASSO, *Le società pubbliche in Italia*, in AA.VV., *Le società pubbliche nel Testo Unico: d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Milano, 2017, pp. 99-101; G.A. FOIS, A. RICCIARDI, *La società mista con contratto di partenariato pubblico privato nel testo unico e nel nuovo codice dei contratti*, cit.; F. FIMMANÒ, A. CATRICALÀ, R. CANTONE (a cura di), *Le società pubbliche: fenomenologia di una fattispecie*, cit., pp. 117-1160; R. DE NICTOLIS, *Gli elementi connotanti le società miste*, in R. DE NICTOLIS, L. CAMERIERO (a cura di), *Le società pubbliche in house e miste*, cit., pp. 159-190.

⁴⁸ Ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. d), d.lgs. 50/2016, deve intendersi per "Organismo di diritto pubblico" qualsiasi organismo, costituito anche in forma societaria, compreso nell'elenco non tassativo contenuto nell'allegato IV del medesimo testo, istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; dotato di personalità giuridica; la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico. Ai fini della qualificazione di un'impresa come "Organismo di diritto pubblico" è, inoltre, indispensabile che le tre condizioni che le direttive europee e lo stesso diritto nazionale richiede ai fini della configurazione di un soggetto giuridico in tali termini, siano cumulativamente presenti.

Tanto obbliga a valutare se i contratti di rete possano essere attratti anche nell'ambito oggettivo di applicazione del già menzionato Codice.

In particolare, bisogna chiedersi se tali contratti possano essere considerati appalti o concessioni oppure se debbano ascrivere nel novero dei cc.dd. "contratti esclusi", di cui all'art. 4 del d.lgs. n. 50/2016⁴⁹.

Stante l'atipicità del contratto di rete e la possibilità di inserire varie obbligazioni all'interno dello stesso, non sembra possibile offrire una risposta univoca al quesito appena posto, se non ipotizzando, ancora una volta, diversi scenari.

Ove il contratto preveda lo scambio di prestazioni verso corrispettivo l'applicabilità degli obblighi di evidenza pubblica sembra una strada obbligata.

Viceversa, qualora il contratto di rete non preveda lo scambio di prestazioni dietro un corrispettivo tra le imprese retiste, sembra potersi escludere la sussumibilità dello stesso nelle nozioni di appalto e concessione abbracciate dal Codice dei Contratti pubblici, che pur nella loro estrema ampiezza ruotano pur sempre attorno a caratteristiche di onerosità ed esclusività⁵⁰.

In queste ultime ipotesi (contratti di rete strettamente limitati alla condivisione di dati sanitari per finalità di ricerca e sviluppo) bisogna ancora chiedersi se sussistano comunque obblighi di evidenza pubblica in ragione di altre previsioni normative estranee al codice dei contratti pubblici.

In particolare occorre indagare se questo genere di contratti ricada nell'ambito di applicazione dei principi generali direttamente desumibili dalle disposizioni del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, che, come noto, trovano applicazione non solo nelle ipotesi in cui una puntuale prescrizione del diritto comunitario derivato ne renda obbligatorio l'utilizzo, come nel caso degli appalti pubblici, ma più in generale, in tutti i casi in cui un soggetto pubblico decida di

⁴⁹ Che recita «L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi, e forniture, dei contratti attivi, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica».

⁵⁰ Cfr. art. 1, commi 1 e 2, d.lgs. 50/2016.

individuare un contraente per l'attribuzione di una *utilitas* di rilievo economico comunque contendibile fra più operatori del mercato⁵¹, come chiarito dalla giurisprudenza e dalla Commissione Europea⁵² e più recentemente dall'art. 4 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (così modificato dall'art. 5, comma 1, d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56)⁵³.

In altri termini, occorre verificare se i contratti di rete, anche nella formulazione più restrittiva ipotizzata (rete-contratto che non prevedono scambi di prestazioni dietro un corrispettivo) ricadano nell'ambito di applicazione dell'art. 4 del Codice dei contratti pubblici, che riguarda i cd. contratti esclusi, ovvero i contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, dei contratti attivi, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del codice, per i quali si impone comunque il rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica.

Anche in questo caso, la risposta sembra richiedere un'analisi dell'oggetto di ogni contratto di Rete che può essere perimetrato considerando le diverse implicazioni che derivano dalla scelta del tipo di collaborazione congegnata caso per caso.

7. L'*utilitas* garantita dalla disponibilità dei dati e la relativa contendibilità

I dati massivi su cui possono costruirsi nuovi strumenti diagnostici e di cura costituiscono un *asset* che proprio perché in grado di consentire l'"allenamento" e lo sviluppo di strumenti di AI ha un valore economico e può senz'altro offrire un vantaggio competitivo in capo a chi si trovi a poterne disporre.

L'art. 12 della legge n. 241/1990⁵⁴ impone la predeterminazione dei criteri e delle modalità di erogazione di «sovvenzioni, contributi, sussidi ed ausili finanziari», oltreché per «l'attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati». Occorre quindi

⁵¹ Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, 26 febbraio 2008, n. 2280.

⁵² Sul punto, cfr. *Comunicazione interpretativa della Commissione relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive appalti pubblici*, in GUCE C179 del 1° agosto 2006.

⁵³ Tar Napoli, Sez. V, 08 gennaio 2021, n. 156.

⁵⁴ Che testualmente recita «La concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi ed ausili finanziari e l'attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati sono subordinate alla predeterminazione da parte delle amministrazioni procedenti, nelle forme previste dai rispettivi ordinamenti, dei criteri e delle modalità cui le amministrazioni stesse devono attenersi. L'effettiva osservanza dei criteri e delle modalità di cui al comma 1 deve risultare dai singoli provvedimenti relativi agli interventi di cui al medesimo comma 1».

interrogarsi se la messa a disposizione dei dati *de quibus* debba essere improntata al rispetto delle previsioni normative appena menzionate caratterizzate da un ambito di applicazione ad ampissimo raggio⁵⁵.

Gli esiti di questa indagine non sembrano affatto scontati se si considera la potenziale riproducibilità all'infinito dei dati sanitari oggetto della condivisione.

L'art. 12 della legge n. 241/1990, secondo la giurisprudenza dominante trova applicazione «in qualsiasi situazione in cui l'amministrazione si trovi ad assegnare risorse limitate a fronte di più domande concorrenti»⁵⁶.

I dati, viceversa, non sono limitati, ma sono potenzialmente riproducibili, senza che la fruizione da parte di taluno impedisca la contemporanea fruizione da parte di altri.

Questo implica che la conoscenza delle informazioni potrebbe essere vista come un'utilità, ma non come un'utilità contendibile, potendosi ammettere l'ingresso all'interno della rete di un numero indefinito di imprese (purché ciascuna in possesso dei requisiti morali, economico finanziari e tecnico organizzativi predefiniti), senza che l'ingresso dell'una impedisca l'ingresso dell'altra.

Su questo crinale sembrano potersi inserire anche le conclusioni cui è recentemente giunto il Consiglio di Stato⁵⁷ su una questione che presenta alcune affinità con quella oggetto della presente indagine.

I giudici sono stati chiamati a pronunciarsi sulla legittimità di un accordo concluso senza l'espletamento di una preventiva procedura di gara tra un ente pubblico (Fondazione IRCCS policlinico San Matteo di Pavia) e un'impresa privata, avente ad oggetto l'attività di sperimentazione e di validazione clinica di prototipi di tamponi realizzati dall'impresa privata per la diagnosi da infezione Sars-Cov-2.

Il Consiglio di Stato, sulla scorta di argomenti simili, ha negato la sussistenza di obblighi di evidenza pubblica, evidenziando come anche in quel caso difettesse «l'elemento strutturale della

⁵⁵ L'ambito di applicazione della norma citata risulta ulteriormente ampliato dall'art. 29, legge n. 241/1990 ove si è chiarito che le previsioni della legge sul procedimento amministrativo trovano applicazione anche alle società con totale o prevalente capitale pubblico (anche se prive della qualifica di organismo di diritto pubblico), limitatamente allo svolgimento di funzioni amministrative in cui potrebbero farsi ricadere anche le attività afferenti all'erogazione di servizi sanitari o servizi ancillari (informatici o simili).

⁵⁶ In termini, cfr. Tar Liguria, Genova, Sez. II, 16 dicembre 2020, n.911; sull'argomento cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 29 luglio 2019, n. 5319.

⁵⁷ Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 17 dicembre 2020, n. 8126.

restrizione, e conseguentemente quello funzionale della (esigenza di) garanzia di una contesa: difettano, in altre parole, i presupposti per invocare il diritto europeo della concorrenza»⁵⁸.

8. Le modalità di adesione a una rete contratto per la condivisione di dati

Tirando le fila del lungo ragionamento sembra potersi ipotizzare che una rete-contratto che non preveda il riconoscimento di corrispettivi economici e che abbia a oggetto la condivisione di dati sanitari (potenzialmente riproducibili all'infinito) possa prescindere dall'espletamento di procedure comparative concorrenziali per l'individuazione dei partner privati.

Una volta predeterminati i requisiti di moralità e i requisiti tecnici ed economici per l'avvio di forme di partenariato si possono avviare le ordinarie modalità di conclusione del contratto o di ampliamento delle parti mediante adesione di nuove imprese retiste (sempre munite dei requisiti predeterminati) secondo le modalità fissate nel contratto.

L'art. 3, comma 4-*ter* del d.l. n. 5/2009, demanda alla volontà delle parti la definizione di questi aspetti e specifica che: «se il contratto prevede l'istituzione di un fondo patrimoniale comune e di un organo comune destinato a svolgere un'attività, anche commerciale, con i terzi [...] il contratto deve indicare: [...] d) la durata del contratto, le modalità di adesione di altri imprenditori e, se pattuite, le cause facoltative di recesso anticipato».

Il legislatore ha quindi rimesso all'autonomia negoziale dei contraenti la regolamentazione delle modalità di adesione di soggetti terzi.

Va da sé che la libertà nella regolamentazione pattizia viene esercitata tramite rimandi a fattispecie o istituti affini. Tale libertà deve, dunque, essere esercitata tenendo conto della effettiva compatibilità rispetto al contratto di rete, nel modo e con i caratteri concretamente prescelti dai retisti stessi, delle norme o delle fattispecie rispettivamente richiamate od applicate, anche soltanto in via analogica.

⁵⁸ Tra le argomentazioni addotte dal Collegio si annovera la natura istituzionale dell'attività in questione, ricadente nel perimetro applicativo dell'art. 8, d.lgs. 288/2003, nonché l'insussistenza dei presupposti per l'applicazione della normativa proconcorrenziale sia sul piano strutturale (dato il carattere non esclusivo, né escludente dell'accordo contestato, il quale consentiva all'ente pubblico di operare con altri partner, posta la libertà della ricerca) che su quello funzionale (per non essere necessaria, in vista del contesto «aperto», la garanzia della contesa).

9. Rilievi sul trattamento e la circolazione dei dati sanitari

La percorribilità di *partnership* pubblico private per la messa a disposizione di dati sanitari, funzionali all'apprendimento dei sistemi di intelligenza artificiale (*machine learning*), dovrà anche tener conto dei problematici profili afferenti al trattamento di dati personali sensibili.

I dati sanitari pongono questioni sempre più complesse in termini di accesso, conservazione e circolazione. La dottrina si sta interrogando sulle implicazioni giuridiche connesse alle cc.dd. «biobanche»⁵⁹ e si è ancora in attesa di un intervento regolatorio in punto di trattamento e di gestione sicura dei dati clinici che detengono.

Il cd. GDPR (*General Data Protection Regulation*) contiene un'articolata disciplina dei dati inerenti alla salute (cfr. art. 4, n. 15 GDPR informazioni «suscettibili di rivelare informazioni attinenti allo stato di salute fisica o mentale»): li definisce e li differenzia rispetto all'ampia categoria dei dati personali.

L'art. 9 del GDPR (letto insieme ai considerando numero 51, 52, 53, 54) pone, al primo paragrafo, un generale divieto di trattamento dei dati relativi alla salute⁶⁰: tutte le misure che permettono il trattamento, infatti, sono da considerarsi derogatorie.

L'art. 9, secondo paragrafo, del GDPR si ammettono deroghe al divieto generale ove si verifichi almeno una delle seguenti condizioni: «l'interessato abbia prestato il proprio consenso esplicito al trattamento per una o più finalità specifiche; il trattamento è necessario per assolvere gli obblighi ad esercitare i diritti specifici del titolare del trattamento o dell'interessato in materia di diritto al lavoro e della sicurezza sociale e protezione sociale; il trattamento è necessario per tutelare un interesse fondamentale dell'interessato o di un'altra persona fisica ove l'interessato sia incapace fisicamente o giuridicamente di prestare il proprio consenso; il trattamento riguardi dati personali resi manifestamente pubblici dall'interessato; il trattamento sia necessario per motivi di interesse pubblico rilevante sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri; il trattamento sia necessario per finalità di medicina preventiva, di medicina del lavoro, valutazione della capacità lavorativa del dipendente, diagnosi, assistenza e terapia sanitaria», e per altre finalità specifiche, come «il trattamento necessario a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica; il

⁵⁹ Più approfonditamente, F. GASPARRI, *La circolazione dei dati genetici e delle biobanche: limiti e prospettive de iure condendo*, in *Federalismi.it*, 5/2021.

⁶⁰ F. COVINO, *Uso della tecnologia e protezione dei dati personali sulla salute tra pandemia e normalità*, in *Federalismi.it*, 5/2021.

trattamento necessario per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica, quali la protezione da gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero o la garanzia di parametri elevati di qualità e sicurezza dell'assistenza sanitaria e dei medicinali e dei dispositivi medici, sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri».

Tuttavia, il Regolamento prevede la possibilità che il trattamento dei dati sanitari, in particolare dati genetici e biometrici, possa essere soggetto «a condizioni e/o limitazioni ulteriori, liberamente mantenute o introdotte dai singoli Stati membri»⁶¹. Il d.lgs. n. 101/2018 ha, dunque, previsto che il Garante completi l'individuazione dei presupposti di liceità dei suddetti trattamenti, adottando specifiche misure di garanzia e promuovendo l'adozione di regole cd. deontologiche.

Rispetto ai temi oggetto della presente indagine è, allora, opportuno richiamare i chiarimenti del Garante per la protezione dei dati personali, che hanno specificato i casi in cui il trattamento dei dati in ambito sanitario⁶² sia da considerarsi lecito. Nel provvedimento «Chiarimenti sull'applicazione della disciplina per il trattamento dei dati relativi alla salute in ambito sanitario» del 7 marzo 2019, il Garante ha precisato che il trattamento dei dati sanitari, connessi solo in senso lato alla cura «ma non strettamente necessari» a tale finalità, debba richiedere come condizione di liceità il consenso dell'interessato. Inoltre, tra le ipotesi specificamente individuate che necessitano di un consenso esplicito dell'interessato, vengono indicate quelle che si riferiscono a «trattamenti connessi all'utilizzo di App mediche, attraverso le quali autonomi titolari raccolgono dati, anche sanitari dell'interessato, per finalità diverse dalla telemedicina oppure quando, indipendentemente dalla finalità dell'applicazione, ai dati dell'interessato possano avere accesso soggetti diversi dai professionisti sanitari o altri soggetti tenuti al segreto professionale; trattamenti effettuati in campo sanitario da persone giuridiche private per finalità promozionali o commerciali; trattamenti effettuati da professionisti sanitari per finalità commerciali o elettorali».

Per quanto attiene, invece, al regime della circolazione dei dati sanitari, ed in particolare alla circolazione cd. dati genetici, la dottrina maggioritaria, seguendo un approccio “personalistico”, ritiene che un consenso espresso nei confronti di un uso cd. secondario del dato rappresenti l'unica soluzione per permetterne la sua lecita circolazione⁶³.

⁶¹ Cfr. art. 9, par. 4 del GDPR.

⁶² Cfr. Garante Per La Protezione Dei Dati Personali, *Chiarimenti sull'applicazione della disciplina per il trattamento dei dati relativi alla salute in ambito sanitario* del 7 marzo 2019.

⁶³ «La necessità di ottenere un preventivo consenso espresso dell'interessato (e il conseguente potere di veto ad esso riconosciuto in ordine agli usi secondari dei dati genetici) implica che tale soggetto possa imprimere una particolare direzione contenutistica al suo atto autorizzativo (principio di finalità, su cui infra), ammettendo determinati usi (es.

Si tende a seguire un approccio conforme alla regola della “granularità” del consenso⁶⁴, ovvero della necessità di autorizzare il trattamento per specifiche attività.

Un'altra parte della dottrina, la prassi, specifiche normative nazionali e alcuni arresti della giurisprudenza propendono, invece, per approcci più flessibili⁶⁵, secondo la teoria del “consenso ampio” o “*broad-consent*”, che troverebbe copertura giuridica nel considerando n. 50135 e nell'art. 5, par. 1, lett. *b*) del reg. UE n. 2016/679 (ove si prevede che «un ulteriore trattamento dei dati personali a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici non è, conformemente all'articolo 89, paragrafo 1, considerato incompatibile con le finalità iniziali»).

Altri autori propendono per il cd. “consenso presunto” e altri ancora per il “*blanket consent*”, e cioè legittimano il consenso a qualsiasi uso futuro dei dati legittimamente raccolti in prima battuta. Più recentemente si è proposta anche la teoria del “*dynamic consent*”, la quale riconoscerebbe la liceità della circolazione dei dati sulla base di un monitoraggio in tempo reale degli utilizzi secondari. Per la tesi espressa dalla maggioranza della dottrina, tuttavia, l'ordinamento europeo, sembra aver fissato un principio definito di «indisponibilità relativa rafforzata dei dati genetici»⁶⁶, e a meno che «l'interessato [abbia] prestato il proprio consenso esplicito al trattamento di tali dati personali per una o più finalità specifiche»⁶⁷, la circolazione del dato è da ritenersi illecita.

Il consenso dell'interessato dovrà, quindi, essere prestato per finalità specifiche (e non generiche, presunte o in bianco) per rendere lecito l'uso secondario dei suoi dati. Questo è quanto si evince anche dalla giurisprudenza più recente⁶⁸. Lo stesso Garante per la *privacy* non ha negato *tout court* la possibilità che i dati sanitari e le banche dati circolino, ma ha richiesto un'ulteriore manifestazione di consenso dell'interessato, affinché possano essere considerati leciti usi ultronei, rispetto agli originali, come ad esempio quelli votati a finalità commerciali.

ricerca scientifica) ed escludendone altri (es. brevettazione dei risultati della ricerca)» così F. GASPARRI, *La circolazione dei dati genetici e delle biobanche: limiti e prospettive de iure condendo*, in *Federalismi.it*, 5/2021.

⁶⁴ Questa regola è chiaramente fissata nella raccomandazione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa rec. (2006) 4 del 15 marzo 2006/127.

⁶⁵ R. CIPPITANI, *Il trattamento dei dati genetici*, in *Diritto e processo*, 2018, p. 108; M. MACIOTTI, *Le biobanche: disciplina e diritti della persona*, in *Le biobanche di ricerca, Studio comparato sulla “zona grigia” tra privacy e proprietà*, Trento, 2013, 9, p. 1209; L. COPPOLA, *Biobanking in health care: evolution and future directions*, in *Journal of Translation Medicine*, n. 17/2019, p. 9.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ Art. 9, par. 2, lett. *a*), GDPR.

⁶⁸ Cfr. caso SharDna, Trib. Cagliari, Sez. I, 8 maggio 2017, n. 1569.

Ad ogni modo non mancano strade alternative che potrebbero garantire la disponibilità e la circolazione di grandi quantità di dati senza passare necessariamente dal consenso individuale. Se ne potrebbe infatti ipotizzare l'impiego, procedendo ad una preventiva "anonimizzazione" del dato sanitario: ovvero attraverso un processo in cui gli stessi dati vengono criptati in modo irreversibile così da non poter più identificarne direttamente o indirettamente l'interessato. L'ultima parte dell'articolo 26 del GDPR prevede infatti che «i principi di protezione dei dati non dovrebbero pertanto applicarsi a informazioni anonime, vale a dire informazioni che non si riferiscono a una persona fisica identificata o identificabile o a dati personali resi sufficientemente anonimi da impedire o da non consentire più l'identificazione dell'interessato. Il presente regolamento non si applica pertanto al trattamento di tali informazioni anonime, anche per finalità statistiche o di ricerca».

Recentemente il cd. "Decreto capienze" o "Decreto riaperture" (d.l. 8 ottobre 2021, n. 139 entrato in vigore l'11 ottobre 2021) ha innovato la materia dati personali modificando alcuni articoli rilevanti⁶⁹. In particolare, l'art. 9 del citato d.l.⁷⁰ incide su diverse disposizioni del Codice *Privacy* (d.lgs. n. 196/2003) e introduce il comma 1-*bis* all'art. 2-*ter*, ove si prevede una sorta di nulla osta preventivo sull'attività di trattamento dati personali da parte della pubblica amministrazione.

⁶⁹ Sull'urgenza di dettare disposizioni in tema di sicurezza dei dati personali, coordinandola alla materia oggetto del provvedimento, si vedano gli attenti rilievi critici di F. FRANCIOSI, *Disposizioni "urgenti" in materia di protezione dei dati personali. Brevi note sul trattamento dati per finalità di pubblico interesse*, in *Giustizia insieme*, 2021.

⁷⁰ L'articolo, rubricato «Disposizioni in materia di protezione dei dati personali» recita «Al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, sono apportate le seguenti modificazioni: a) All'articolo 2-ter: 1) dopo il comma 1 è inserito il seguente: "1-bis. Il trattamento dei dati personali da parte di un'amministrazione pubblica di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, ivi comprese le Autorità indipendenti e le amministrazioni inserite nell'elenco di cui all'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, nonché da parte di una società a controllo pubblico statale di cui all'articolo 16 del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, con esclusione per le società pubbliche dei trattamenti correlati ad attività svolte in regime di libero mercato, è sempre consentito se necessario per l'adempimento di un compito svolto nel pubblico interesse o per l'esercizio di pubblici poteri a essa attribuiti. La finalità del trattamento, se non espressamente prevista da una norma di legge o, nei casi previsti dalla legge, di regolamento, è indicata dall'amministrazione, dalla società a controllo pubblico in coerenza al compito svolto o al potere esercitato, assicurando adeguata pubblicità all'identità del titolare del trattamento, alle finalità del trattamento e fornendo ogni altra informazione necessaria ad assicurare un trattamento corretto e trasparente con riguardo ai soggetti interessati e ai loro diritti di ottenere conferma e comunicazione di un trattamento di dati personali che li riguardano."; 2) al comma 2, al primo periodo, dopo le parole "ai sensi del comma 1" sono aggiunte le seguenti: "o se necessaria ai sensi del comma 1-bis" e il secondo periodo è soppresso; 3) al comma 3, dopo le parole "ai sensi del comma 1" sono aggiunte le seguenti: "o se necessarie ai sensi del comma 1-bis"; b) l'articolo 2 quinquiesdecies è abrogato) all'articolo 132, il comma 5 è abrogato; d) all'articolo 137, al comma 2, lettera a), le parole "e ai provvedimenti generali di cui all'articolo 2-quinquiesdecies" sono sopresse; e) dopo l'articolo 144 è inserito il seguente: "Art. 144-bis (Revenge porn). - 1. Chiunque, compresi i minori ultraquattordicenni, abbia fondato motivo di ritenere che immagini o video a contenuto sessualmente esplicito che lo riguardano, destinati a rimanere privati, possano essere oggetto di invio, consegna, cessione, pubblicazione o diffusione senza il suo consenso in violazione dell'art. 612-ter del codice penale, può rivolgersi, mediante segnalazione o reclamo, al Garante, il quale, entro quarantotto ore dal ricevimento della richiesta, provvede ai sensi dell'articolo 58 del regolamento (UE) 2016/679 e degli articoli 143 e 144. 2. Quando le immagini o i video riguardano minori, la richiesta al Garante può essere effettuata anche dai genitori o dagli esercenti

Viene sostanzialmente rifondata la base giuridica per il trattamento di dati personali finalizzato all'espletamento di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri. In particolare, per effetto della novella in questione, un ente pubblico o una società a partecipazione pubblica statale potrà trattare e comunicare dati personali senza la necessità di una specifica norma di legge, ove questo sia «necessario per l'adempimento di un compito svolto nel pubblico interesse o per l'esercizio di pubblici poteri a essa attribuiti».

La pubblica amministrazione potrà, inoltre (anche nel silenzio normativo) determinare autonomamente le finalità di quel trattamento: con un semplice atto amministrativo qualsiasi ente pubblico potrà «in coerenza al compito svolto o al potere esercitato» definire il motivo per cui sia necessario trattare i dati personali dei cittadini interessati.

Le modifiche analizzate, ancora soggette al vaglio del Parlamento che dovrà disporre la conversione in Legge, secondo i primi commentatori, potrebbero applicarsi anche ai dati sanitari⁷¹.

Se quest'impostazione fosse confermata, la condivisione dei dati sanitari per l'allenamento degli algoritmi potrebbe semplificarsi ulteriormente e prescindere dal complesso processo di anonimizzazione o dalla raccolta del consenso. È questa la direzione che pare voler percorrere il Regolatore europeo.

D'altra parte, una forte spinta alla circolazione dei dati è stata data anche dalla proposta di Regolamento relativa alla governance europea dei dati, presentata dalla Commissione il 25 novembre 2020, e oggetto, il 10 dicembre 2021, dell'accordo tra il Parlamento europeo e gli Stati membri. L'obiettivo principale del Government Data Act in particolare è quello di regolare l'intermediazione e il riutilizzo dei dati, incentivando la circolazione degli stessi e la creazione di un ecosistema

la responsabilità genitoriale o la tutela. 3. Per le finalità di cui al comma 1, l'invio al Garante di immagini o video a contenuto sessualmente esplicito riguardanti soggetti terzi, effettuato dall'interessato, non integra il reato di cui all'articolo 612-ter del Codice penale"; f) all'articolo 166 comma 1, primo periodo, le parole "2-quinquiesdecies" sono soppresse; g) all'articolo 167, al comma 2 le parole "ovvero operando in violazione delle misure adottate ai sensi dell'articolo 2-quinquiesdecies" sono soppresse;

2. All'articolo 22 del decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 101, il comma 3 è abrogato. 3. I pareri del Garante per la protezione dei dati personali richiesti con riguardo a riforme, misure e progetti del Piano nazionale di ripresa e resilienza di cui al regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 febbraio 2021, del Piano nazionale per gli investimenti complementari di cui al decreto-legge 6 maggio 2021, n. 59, convertito, con modificazioni, 1° luglio 2021, n. 101, nonché del Piano nazionale integrato per l'energia e il clima 2030 di cui al regolamento (UE) 2018/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, sono resi nel termine non prorogabile di trenta giorni dalla richiesta, decorso il quale può procedersi indipendentemente dall'acquisizione del parere».

⁷¹ La lettura proposta sembra coerente anche con l'art. 9 del GDPR, che, dopo aver posto il divieto di trattamento dei dati personali "particolari" (tra cui troviamo i dati sanitari), al secondo comma precisa che il divieto non si applica, tra gli altri, nel caso in cui il trattamento «è necessario per motivi d'interesse pubblico rilevante sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri».

fondato sulla fiducia di imprese e persone fisiche. Il Regolamento si occupa di dettare le condizioni per il riutilizzo di quei dati che sono generati dal settore pubblico ma che, allo stesso tempo, richiedono particolari cautele. Un ulteriore interessante spunto di riflessione sullo sviluppo di sistemi di AI in relazione alla questione dati è fornito, inoltre, dall'art. 10 della Proposta di regolamento sull'Intelligenza Artificiale della Commissione europea.

L'organo esecutivo dell'UE si è necessariamente interrogato sulla qualità del dato immesso nei cd. sistemi di AI ad alto rischio, cui è dedicata gran parte della disciplina del testo. La proposta pone in capo al fornitore del sistema l'onere di garantire i dati utilizzati, necessità che nasce dalla consapevolezza che l'output fornito dal sistema non potrà che essere la conseguenza dell'input immesso.

La soluzione del regolatore europeo, dunque, va nella soluzione per cui i sistemi di AI che prevedono l'uso di dati debbano essere sviluppati sulla correttezza delle pratiche di governance e gestione dei dati, che riguardano gli aspetti progettuali del sistema; la raccolta e il trattamento dei dati; formulazione di ipotesi pertinenti sulle informazioni ricavabili dai dati raccolti; la valutazione della disponibilità e dell'adeguatezza del dato; l'esame delle possibili distorsioni e della capacità di correggerle.

Il viatico per un corretto uso del dato rimane sempre rintracciabile nelle garanzie poste dal GDPR.

10. Conclusioni operative

Le riflessioni sul tema fanno emergere ancora molti nodi problematici. In sede regolatoria andrebbero opportunamente chiariti i limiti e le modalità di impiego dei dati per ridurre i rischi connessi a un impiego abusivo degli stessi e il rispetto delle norme contenute nel GDPR.

Un intervento di promozione delle reti potrebbe agevolare la creazione di forme di partenariato fondate su logiche inclusive e di assenza di contendibilità per un pieno e libero sviluppo di nuovi sistemi di AI.

La creazione di reti aperte tra società a partecipazione pubblica e privati operanti nel settore IT andrebbe favorita con schemi flessibili che potrebbero prescindere dall'applicazione di procedure comparative concorrenziali per la scelta dei partner, sulla scorta delle considerazioni sviluppate in precedenza.

Per ridurre i tempi di creazione di reti improntate a questi obiettivi, anche in assenza di interventi regolatori, si possono ipotizzare forme di cooperazione non istituzionale con l'impiego dello strumento della rete contratto.

In questa prospettiva la causa del contratto di rete sembra adattarsi perfettamente allo spirito della collaborazione ipotizzata⁷².

Nella configurazione del contratto di rete sarà possibile graduare lo schema collaborativo secondo differenti tipologie di rete ad intensità variamente graduabile in termini sia qualitativi sia quantitativi. L'attività può infatti anche essere quella di "collaborare" o di "scambiarsi informazioni o prestazioni" di varia natura, ancorché sulla base di un «programma comune di rete»⁷³.

In una seconda fase o alternativamente si potrebbero anche ipotizzare forme di cooperazione caratterizzate da scambi di prestazioni, ma in questi casi sembrerebbe ineludibile l'espletamento di procedure comparative concorrenziali e la creazione di meccanismi che garantiscano la corretta spendita delle risorse pubbliche.

Trattandosi di un crinale sottile sarà opportuno fornire in sede regolatoria le indicazioni in merito alla stesura "programma comune di rete" per delimitare in modo rigoroso le forme di cooperazione estranee agli obblighi di evidenza pubblica.

Per non soggiacere agli obblighi di evidenza pubblica, da un lato, occorrerà mantenere la collaborazione nella forma delle rete contratto (e non già nella rete-soggetto, per le ragioni esposte in precedenza) e, dall'altro, occorrerà evitare che il contratto di rete venga impiegato non già come «contratto relazionale»⁷⁴, ma come contratto sinallagmatico⁷⁵, mediante lo scambio di reciproche

⁷² La funzione economico sociale del contratto di rete è stata puntualmente individuata nell'incremento di innovatività e di competitività delle imprese retiste, vale a dire nella capacità di indirizzare le rispettive organizzazioni aziendali verso le dinamiche dell'ambiente esterno e alle spinte provenienti dal mercato. Cfr. in questo senso M. ZANNI, *La nuova disciplina del contratto di rete*, in *Il Fisco*, 47/2012. L'Autore precisa che «Si tratta, quindi, di una forma di collaborazione stabile ed organizzata fra imprenditori i quali, senza rinunciare alla propria autonomia giuridica e gestionale, possono condividere, per esempio, attività di ricerca e di marketing, programmi di sviluppo innovativo, progetti di internazionalizzazione della propria attività, know-how specifico su prodotti e processi, al fine di conseguire obiettivi di sviluppo e di crescita imprenditoriale».

⁷³ Così P. SACCOMANNO, *Il contratto di rete: profili di un'indagine aperta*, in *Contratto e Impresa*, 2/2017.

⁷⁴ Di cui approfonditamente F. MACARIO, *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Enciclopedia del Diritto, Annali*, Milano, 2008, II, p. 1071.

⁷⁵ Del resto, V. DONATIVI, *Le reti di imprese, natura giuridica e modelli di governance*, in *Le Società*, 12/2011; M. ZANNI, *La nuova disciplina del contratto di rete*, in *Il Fisco*, 47/2012, sostiene che «Il contratto di rete non associativo, mostra di collocarsi appieno in quella zona mediana tra «gerarchia» e «mercato» (e dunque, tra strutture societario/associative e contratti sinallagmatici e di mero scambio)».

prestazioni; ciò quantomeno nelle ipotesi in cui si intendano promuovere forme snelle di collaborazione che possano concludersi rapidamente.

Il fattore tempo è infatti essenziale per incentivare gli investimenti in un campo strategico per il benessere della collettività e per la competitività delle imprese del comparto. Al contrario, interventi lenti e soggetti ad elevati rischi di contenzioso finirebbero per vanificare gli sforzi produttivi in un settore caratterizzato da un'altissima pressione competitiva delle multinazionali del settore IT.

DARIO CAPOTORTO
Università degli Studi di Cassino
e del Lazio Meridionale