

## SOMMARIO

### Introduzione

- 1.1 Programmazione: un fattore di modernizzazione
- 1.2 Le procedure telematiche come elemento di semplificazione
- 1.3 Le innovazioni della direttiva 2004/18/CE ed il codice dei contratti

### PARTE PRIMA: Le aste elettroniche generali e speciali

#### CAP. I: I principi generali

1. Le gare telematiche disciplinate dal D.P.R. 101/2002: l'antecedente delle aste elettroniche
  - 1.1 Le Firme Elettroniche
  - 1.2 Il Documento Informatico
  - 1.3 Le Gare Telematiche (art. 9, art. 10, D.P.R. 101/2002)
  - 1.4 Il Mercato Elettronico (art. 11, D.P.R. 101/2002)
  - 1.5 Mercato Elettronico ai sensi dell' art. 11, comma 5 un portale per la Pubblica Amministrazione
2. La disciplina comunitaria con le direttive 2004/18 e 2004/17
  - 2.1 Le problematiche generali coinvolte dalla Direttiva n. 2004/18/CE
3. Il legislatore italiano: il recepimento delle direttive comunitarie e il rapporto con la disciplina previgente
  - 3.1 Il Codice dei contratti nella pubblica amministrazione
  - 3.2 Le peculiarità procedurali dei nuovi istituti
4. Le definizioni dei principali elementi degli appalti elettronici:
  - 4.1 Il concetto di *e-procurement* pubblico
  - 4.2 Attuale vigenza dei modelli di *e-procurement* antecedenti al Codice
    - 4.2.1 La Gara Telematica
    - 4.2.2 Il Mercato Elettronico
  - 4.2.3 Centrali di Committenza
- 4.3. Le Aste Elettroniche

#### CAP. II: Lo svolgimento di un'asta elettronica

1. L'ambito di applicazione delle aste elettroniche, le sue modalità e i suoi limiti
  - 1.1 Presupposti e condizioni specifiche per il ricorso alle aste elettroniche
2. La procedura
  - 2.1 Prima fase di gara: pubblicazione del bando di gara e del capitolato
  - 2.2 Seconda fase di gara: l' ammissione alla gara e l'aggiudicazione
  - 2.3 I criteri di aggiudicazione
  - 2.4 Lo svolgimento dell'asta
  - 2.5 La regola di chiusura
3. Il responsabile del procedimento e il gestore del sistema informatico
4. Modalità tecniche delle aste elettroniche
  - 4.1 Mezzi elettronici di comunicazione e il loro impiego nella procedura di aggiudicazione
    - 4.1.1 I mezzi elettronici di comunicazione
      - 4.1.2 Le eventuali patologie del ricorso ad un'asta elettronica
      - 4.1.3 Le spese di accesso
      - 4.1.4 L'uso dei mezzi elettronici nel processo di aggiudicazione
      - 4.1.5 Interoperabilità di strumenti per la comunicazione mediante mezzi elettronici
      - 4.1.6 Integrità e sicurezza dei dati
      - 4.1.7 Rintracciabilità

- 4.1.8 Presentazione elettronica di avvisi alla Commissione
- 4.2 Apparecchiatura elettronica per il ricevimento delle offerte, richieste di partecipazione, piani e progetti in gara
  - 4.2.1 Ricevimento elettronico delle offerte e richieste di partecipazione in "acquisto singolo"
  - 4.2.2 La sicurezza dei dati
  - 4.2.3 Ricevimento elettronico delle offerte in procedure multiple e cataloghi elettronici
  - 4.2.4 La raccolta attiva di offerte
- 5. Il diritto di accesso agli atti della procedura d'asta elettronica

CAP. III: I procedimenti elettronici speciali: l'accordo quadro e il sistema dinamico di acquisizione

- 1. L'Accordo Quadro
  - 1.1 La prima fase del procedimento: la conclusione dell'accordo quadro con uno o più operatori
  - 1.2 La seconda fase del procedimento: aggiudicazione degli appalti sulla base dell'accordo quadro
- 2. Le previsioni normative e i principi di ordine generale del sistema dinamico di acquisizione
  - 2.1 Ambito di applicazione della procedura
  - 2.2 La procedura
    - 2.2.1 Il procedimento di impianto del sistema
    - 2.2.2 Fase del confronto concorrenziale nelle singole gare
    - 2.2.3 I criteri di aggiudicazione della gara

**PARTE SECONDA: Le aste elettroniche nell'esperienza concreta**

- 1. Il settore pubblico
- 2. Esperienze nel settore privato
- 3. Il "caso Genova"
- 4. Prospettive delle procedure informatizzate di acquisto

## 1. Introduzione

Con la riforma della Pubblica amministrazione, avviata nel 1997, si è inteso ridisegnare l'ordinamento amministrativo nazionale secondo i criteri fondamentali della "modernizzazione" e della "semplificazione"<sup>1</sup>.

In relazione al primo aspetto, si è posta una particolare attenzione alle politiche di acquisto attraverso la programmazione dei fabbisogni, intesa come momento di verifica, sotto il profilo economico e funzionale, dell'ampia gamma di beni e di servizi dei quali è possibile prefigurare la necessità di una acquisizione sulla base della rilevanza dei fabbisogni storici e di quelli ragionevolmente prevedibili. In tale scia ricostruttiva vanno inserite le dinamiche della razionalizzazione dei processi di acquisto, allo scopo di conseguire elevate economie di scala.

La semplificazione consiste, in linea generale, nell'insieme di tecnologie, procedure, operazioni e modalità organizzative che consentono di riorganizzare e semplificare la gestione dei processi di approvvigionamento delle pubbliche amministrazioni, attraverso il ricorso ai nuovi strumenti elettronici e procedimentali.

### 1.1 Programmazione degli acquisti: un fattore di modernizzazione

Nell'ambito delle procedure di acquisto, la programmazione è sia un momento direttamente funzionale al rispetto delle soglie comunitarie, sia uno strumento necessario per definire puntualmente le necessità, le risorse necessarie, le modalità temporali e procedimentali e le strutture operative deputate alla realizzazione dei progetti.

La programmazione è, in primo luogo, imprescindibile per individuare le singole categorie di prodotti per cui definire l'importo ai fini del monitoraggio relativo al possibile raggiungimento della soglia.

Un effetto diretto e di particolare rilevanza delle attività ricognitive della fase della programmazione è la cosiddetta "preinformazione" di cui al primo comma dell'art 63 del D.lgs. 163/2006. Le amministrazioni aggiudicatrici, per poter far luogo alla redazione del "bando di gara indicativo" del "totale dei prodotti" il cui valore sia superiore a 750.000 euro, devono, infatti, necessariamente procedere ad un'analisi delle necessità delle risorse nel periodo considerato.

A riguardo, si deve rilevare che, specie quando l'ente è articolato in diverse strutture autonome, sul piano istituzionale, funzionale, organizzativo o contabile, la pianificazione degli acquisti deve necessariamente passare attraverso la preliminare complessa decisione concernente:

- quali tipologie di prodotti sia più utile acquistare in via accentrata;
- che cosa fare acquistare direttamente dalle strutture, in via decentrata;
- infine, quale sia il limite di valore al di sotto del quale è utile acquistare tramite la funzione economale.

In base alla disciplina comunitaria, di cui all'art 1 comma 19 del codice, la "stazione appaltante" non è la singola unità organizzativa, ma "l'amministrazione aggiudicatrice" nel suo complesso, che viene in rilievo come persona giuridica unitariamente considerata.

Nell'ottica organizzativa e funzionale la programmazione acquista una sua autonoma rilevanza al fine del ricorso alle aste elettroniche.

In tale prospettiva, dato che alcune categorie merceologiche si prestano ad una gestione prevalentemente centralizzata delle procedure, le strutture centrali appaiono più idonee ad assicurare la procedura d'appalto in forma elettronica concernente tutti i beni di utilizzo generale e come tali trasversali a tutte le articolazioni organiche (es. saponi, carta, gasolio).

In un'ottica di modernizzazione, le aree decentrate sarebbero completamente esonerate dagli acquisti di beni strumentali (essenziali al funzionamento ma irrilevanti per il conseguimento degli obiettivi specifici) e si concentrerebbero meglio sulle attività di istituto.

---

<sup>1</sup> Legge 15 marzo 1997, n. 59 e Legge 15 maggio 1997, n. 127

Per l'unità decentrata è vantaggioso scaricare gli oneri procedurali per acquisti di carattere ordinario sulla sede centrale<sup>2</sup>.

Misurare il grado di centralizzazione della spesa è di particolare interesse, in quanto la spesa centralizzata si presta meglio alla identificazione e attuazione di azioni di miglioramento; infatti, in tal caso il fabbisogno è definito in modo aggregato, gli attori da coinvolgere sono in numero più limitato e le procedure d'acquisto sono meno frammentate e quindi più efficienti ed economiche.

In verità, anche per la parte decentrata della spesa è necessario porsi prioritariamente il problema di come realizzare l'aggregazione della domanda, al fine di creare la massa critica per cui è conveniente effettuare specifiche azioni mirate<sup>3</sup>.

Restano fuori da tale quadro ricostruttivo gli "acquisti strategici", cioè quelli operati dalla singola unità decentrata per assolvere ad esigenze specifiche e peculiari delle missioni della singola struttura ed a cui è necessario affidare la integrale gestione delle procedure di acquisto, in ragione della ricorrente alta tecnicità di tale tipologia di gara.

La necessità di decentrare tali acquisti risponde all'esigenza di soddisfare una domanda che non può essere governata dalla sede centrale e per cui, come si vedrà, può essere utilmente esperita un'asta elettronica, perché con tale mezzo si possono meglio valutare un altissimo numero di parametri.

## 1.2 Le procedure telematiche come elemento di semplificazione

Nell'ambito dei processi di semplificazione i primi reali tentativi in materia si sono avuti con la legge 340/2000 con cui si rinviò, ad uno o più regolamenti, la individuazione delle procedure di scelta del contraente e le modalità di utilizzazione di strumenti elettronici e informatici al fine di procedere all'acquisto di beni e servizi da parte delle Amministrazioni Pubbliche.

In attuazione di tale delega, è stato adottato il D.P.R. 4 aprile 2002, n. 101, che rappresenta il primo tentativo di disciplinare le "gare telematiche" e che delinea, seppure a grandi linee, un vero e proprio sistema di *marketplace*<sup>4</sup>.

L'insieme di tecnologie, procedure, operazioni e modalità organizzative che consentono di riorganizzare e semplificare la gestione dei processi di approvvigionamento delle pubbliche amministrazioni viene definito "*elettronic public procurement*" ed è finalizzato a garantire una maggiore trasparenza, concorrenza, economicità e rapidità delle gare<sup>5</sup>.

Nell'ordinamento giuridico europeo il sistema di *e-procurement* ha avuto attuazione con la Direttiva del Parlamento dell'Unione Europea per l'aggiudicazione degli appalti lavori di forniture e di servizi n. 2004/18/CE.

Con tale direttiva le amministrazioni aggiudicatrici vengono dotate di un articolato strumentario, tale da consentire il superamento dello schema operativo basato sulla singola procedura d'appalto, per delineare un'attività dell'amministrazione per cui i "bisogni" siano unitariamente considerati, attraverso la predisposizione di piani degli acquisti di beni e servizi per mezzo dei quali individuare ed utilizzare lo strumento giuridico operativo più funzionale<sup>6</sup>.

All'obbligo degli stati membri di recepire i contenuti delle direttive comunitarie, il legislatore italiano ha adempiuto con il D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE).

Con l'adozione del codice dei contratti pubblici, il sistema italiano *dell'e-procurement* tende a raggiungere un notevole grado di efficienza, trasparenza e competitività, in quanto viene

---

<sup>2</sup> Cfr. U. Realfonzo, *Appalti pubblici di forniture*, Il Sole – 24 Ore 2<sup>a</sup> edizione 2004, pag. 442

<sup>3</sup> Cfr. G. Catalano, *L'organizzazione e la gestione degli acquisti di beni e servizi nelle università. Le prime esperienze di e-procurement*, Il Mulino, Bologna, 2004 pag. 67

<sup>4</sup> Cfr. D. Spinelli, F. Petullà, M.A. Antonietta Portaluri, *Le procedure telematiche negli appalti pubblici*, Il Sole – 24 Ore 2004 pag. 20

<sup>5</sup> Cfr. F. Leggiadro *L'uso dei mezzi telematici nelle gare e la semplificazione delle procedure* (nota a cons. Stato sez. V 5 marzo 2003, n.1218), in *Urbanistica e appalti*, 2003, fasc. 8, pagg. 952-956

<sup>6</sup> Cfr. U. Realfonzo, *Appalti pubblici di forniture*, Il Sole – 24 Ore 2<sup>a</sup> edizione 2004, pag. 5

semplificata e rafforzata la normativa precedente, tramite l'unificazione delle discipline e viene aumentata la flessibilità dell'operato della pubblica amministrazione attraverso l'introduzione di nuove procedure telematiche e il rafforzamento delle tecnologie informatiche esistenti<sup>7</sup>.

### 1.3 Le innovazioni della direttiva 2004/18/CE ed il codice dei contratti

L'aspetto più convincente del nuovo sistema, recepito interamente dal codice degli appalti, deve essere, quindi, individuato proprio nei numerosi nuovi istituti disciplinati dallo stesso, che comunque coinvolgono gli appalti informatici: le centrali di acquisto ex art. 33; le aste elettroniche, in senso stretto ex art. 85; gli accordi quadro ex art. 59 e, soprattutto, "il sistema dinamico di acquisizione" ex art. 60, il quale, sia pure con le proprie peculiarità (specie per gli enti di grandi dimensioni), costituisce la risposta alla richiesta di procedure, pur sempre imparziali e trasparenti, ma che al contempo siano più flessibili ed efficaci.

I nuovi istituti hanno l'ambizione di travalicare lo stretto orizzonte procedimentale degli appalti pubblici per dar luogo a nuovi modelli di gara che, pur restando ancorati al quadro tradizionale della tutela della concorrenza rendano possibile, al contempo, un miglioramento "in progress" della qualità e dei prezzi dei prodotti acquistati.

Per quanto riguarda gli scambi di informazioni, la nuova normativa pone i mezzi elettronici e quelli tradizionali su un piede di parità, lasciando alle parti interessate la scelta dei mezzi di comunicazione da utilizzare.

Il ricorso ai mezzi elettronici permette all'amministrazione aggiudicatrice di sveltire la procedura: qualora i bandi siano redatti e trasmessi per via elettronica, i termini per la ricezione delle offerte nelle procedure aperte e delle domande di partecipazione nelle procedure ristrette, nelle procedure negoziate e nel dialogo competitivo possono essere ridotti di sette giorni (art 70, 8° comma, D.lgs. 163/2006 e s.m.).

Un'ulteriore riduzione di cinque giorni dei termini per la ricezione delle offerte nelle procedure aperte e ristrette è possibile qualora la documentazione relativa all'appalto sia disponibile su Internet, tale riduzione è cumulabile con la riduzione precedente (art. 70, 9° comma, D.lgs. 163/2006 e s.m.).

Il sistema dinamico di acquisizione, ex art. 60 del codice dei contratti, per la cui effettuazione vengono utilizzati esclusivamente mezzi di comunicazione elettronici, è un sistema analogo al *marketplace*, già previgente nel nostro ordinamento e disciplinato dal D.P.R. 101/2002, art 11.

Con l'introduzione dell'accordo quadro di cui all'art. 59 del codice, è inoltre possibile prevedere la possibilità di una programmazione "aperta" e flessibile alle esigenze più mutevoli.

Gli "accordi quadro", sotto il profilo giuridico, non sono appalti pubblici in senso stretto, in quanto il contratto non comporta obblighi diretti di esecuzione. Si tratta, quindi, di "contratti normativi", che non disciplinano uno specifico rapporto contrattuale, ma ne determinano tutti gli elementi, ovvero le modalità di individuazione dei futuri contratti applicativi (in particolare: prezzo e quantità, entità e margini di oscillazione dei miglioramenti; ecc.)<sup>8</sup>.

Un'amministrazione aggiudicatrice può avere interesse a far ricorso a un accordo quadro per prestazioni di cui avrà bisogno nel corso di un determinato periodo (ad esempio, assistenza tecnica, ma anche lavori di manutenzione) ma di cui ancora non conosce l'entità, o se non possa prevedere quando tale bisogno si manifesterà.

In secondo luogo, tale istituto può essere utile quando la P.A. ha la necessità (fermi restando i minimi sui quali è stata operata la selezione), di disporre di operatori economici in grado di aggiornare, nel tempo, la propria offerta ai progressi della tecnologia ovvero del mercato.

---

<sup>7</sup> Per gli altri paesi vedi C. Rangone, *nuove direttive ed efficienza dei "sistema paese" l'esperienza in Francia e Regno Unito*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)

<sup>8</sup> Vedi al riguardo TAR Sicilia, Catania, Sez. III, 5 maggio 2008, n. 735

Il procedimento è strutturato per consentire all'amministrazione, nel momento in cui ne abbia necessità, di consultare, mediante una procedura semplificata, tutti i contraenti dell'accordo quadro e poter aggiudicare l'appalto al migliore offerente in tempi brevissimi.

## PARTE PRIMA

### Le aste elettroniche generali e speciali

#### CAPITOLO I

#### I principi generali

#### 1. Le gare telematiche disciplinate dal D.P.R. 101/2002: l'antecedente delle aste elettroniche

Come si diceva, il legislatore nazionale ha iniziato un importante percorso volto alla informatizzazione della Pubblica Amministrazione, introducendo significative novità in tema di appalti di forniture e servizi:

- la pubblicazione dei bandi e degli avvisi di gara su uno o più siti informatici (legge n. 340/2000, art. 24, comma 3)<sup>9</sup> <sup>10</sup>;
- l'anticipazione delle disposizioni della direttiva europea, attraverso l'introduzione di vere e proprie "procedure telematiche", nelle due forme delle "gare telematiche" e del "mercato elettronico";
- l'autorizzazione alle amministrazioni ad utilizzare, a supporto delle procedure tradizionali, sistemi elettronici e telematici.<sup>11</sup>

Il D.P.R. 101/2002 rappresenta, come si diceva, un provvedimento importante e di indubbia portata innovativa.

E' durante il consiglio straordinario di Lisbona, dell'anno 2000, che ci si comincia a rendere conto dell'importanza dell'utilizzo degli strumenti informatici per dare un impulso nuovo alla Pubblica Amministrazione; fu in quel momento che si delineò un progetto di *e-government*, che, però, in sede comunitaria, non ebbe immediata attuazione.

Nel 2002 a livello di direttive europee ancora non si parlava di *e-procurement*, di gare telematiche, di modalità di acquisto tramite strumenti informatici. Le direttive europee non disciplinavano questi Istituti, ma neanche ne precludevano l'utilizzo.

Con il termine *e-government*, o governo elettronico, si intende l'utilizzo delle moderne tecnologie dell'informazione e della comunicazione ICT nel processo di ammodernamento della amministrazione del Paese e, dunque, servizi governativi *on-line* completamente interattivi e che comprendono le seguenti categorie di azioni:

- 1) azioni di informatizzazione dirette a migliorare l'efficienza operativa interna delle singole amministrazioni;
- 2) azioni dirette ad informatizzare l'erogazione dei servizi ai cittadini e alle imprese spesso implicanti un'integrazione tra i servizi di varie amministrazioni;

---

<sup>9</sup> La pubblicazione sul sito, tuttavia, è sempre condizione necessaria ma non sufficiente: cfr. TAR Campania, sez. I, 26 maggio 2004, n.9021. La giurisprudenza, chiamata a pronunciarsi prima del codice sul valore giuridico della pubblicità telematica effettuata ai sensi dell'art 24 della legge n.340/2000, sottosoglia, ha affermato che la stessa, ove accompagnata alla pubblicazione in albo pretorio, può essere idonea ad acquisire valore giuridico: cfr. M. Marino, A.G. Orofino, *La pubblicazione on-line degli atti di indizione delle procedure Intracomunitarie nota a TAR Bari 1 aprile 2005, n.156*) in Giurisprudenza di merito 2005 fasc. 9, pagg. 1944-1950, pt.3

<sup>10</sup> Cfr. M. Pani, *validità e affidamento dei bandi di gara pubblicati in rete (nota a Cons. Stato 20 febbraio 2006, n.700)* in rivista giuridica sarda, 2006, fasc. 2 , pagg. 445-453, pt. 1

<sup>11</sup> Crf. D. Spinelli, F. Petullà, M.A. Antonietta Portaluri, *Le procedure telematiche negli appalti pubblici*; Il Sole 24 Ore 2004 pag. 167

3) azioni dirette a consentire l'accesso telematico degli utilizzatori finali ai servizi della Pubblica amministrazione e alle sue informazioni.

*l'e-government* è inteso come un processo di trasparenza e di avvicinamento delle Pubbliche Amministrazioni al cittadino utente, che consente, quindi, di interagire con esso. Uno dei pilastri, all'interno del progetto di *e-government*, è costituito dall'*e-procurement*, ossia dall'utilizzo dell'informatica per gestire la contrattualistica e principalmente gli appalti pubblici.

Il D.P.R. n. 101/2002, collocava il nostro paese, nel contesto comunitario, all'avanguardia nella specifica materia della applicazione delle procedure elettroniche di acquisto nei settori dell'evidenza pubblica, introducendo anche in tali settori *l'e-procurement*, ossia la modalità di approvvigionamento di beni e servizi per via telematica, che era sempre più utilizzata nei rapporti tra le imprese private.

Il D.P.R. n. 101/2002 si poneva la finalità di razionalizzare e rendere più efficiente la pubblica amministrazione, attraverso la utilizzazione delle nuove tecnologie telematiche ed informatiche e di adeguare le procedure ed evidenza pubblica ai modelli concorsuali di acquisto *on-line* sviluppatasi ed affermatasi nel settore privato.

Da un punto di vista giuridico, la disciplina positiva delle procedure di scelta *on-line* dei fornitori per l'acquisto di beni o servizi da attuarsi in via telematica, viene ad assumere una significativa rilevanza, sia sotto il profilo delle disposizioni normative che disciplinano l'ambito della contabilità dello Stato e degli appalti pubblici, sia in relazione alle disposizioni in tema di documentazione amministrativa (e più in particolare in materia di documento informatico e di firma digitale)<sup>12</sup>.

Le gare telematiche ed il mercato elettronico sono due procedure che hanno qualche aspetto in comune con i nuovi strumenti di *e-procurement* (i Sistemi dinamici di acquisizione e le Aste elettroniche), successivamente introdotti dal Codice dei contratti della pubblica amministrazione. Il contenuto del D.P.R. n. 101/2002, sebbene non abrogato con l'entrata in vigore del Codice, confluisce per la gran parte nel regolamento attuativo della nuova disciplina dei contratti pubblici, con le modifiche necessarie per armonizzare il sistema di *e-procurement* nazionale.

La "gara telematica" è disciplinata dal capo II del decreto n.101/2002 e si distingue dalla "gara informatica".

Con quest'ultima espressione ci si riferisce, infatti, ad una procedura di gara tradizionale con le fasi delle pubblicazioni e delle comunicazioni in forma informatizzata. Quindi le gare informatiche sono delle procedure di gara tradizionali nell'ambito delle quali le pubbliche amministrazioni utilizzano strumenti informatici ed elettronici.

Al contrario la gara telematica è una procedura distinta e autonoma, nell'ambito della quale è previsto che le fasi dell'abilitazione, della pubblicazione e delle comunicazioni vengano effettuate con l'ausilio imprescindibile del computer, mentre per quanto riguarda l'individuazione del concorrente aggiudicatario, il decreto n.101/2002 non precisa niente a riguardo e lascia alle stazioni appaltati la decisione sulle modalità della fase di aggiudicazione.

Nell'esperienza concreta, le aste telematiche di cui al D.P.R. n.101 vengono utilizzate quando si procede con il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, che viene facilmente individuato con l'ausilio degli strumenti informatici. Nel caso di aggiudicazione attraverso l'offerta economicamente più vantaggiosa, invece, l'utilizzo degli strumenti informatici è, generalmente, limitato alla presentazione delle offerte e delle altre comunicazioni, mentre la valutazione della migliore offerta resta demandata alla commissione giudicatrice.

L'assenza di commissione, nella fase di aggiudicazione, caratterizza invece l'istituto dell'asta elettronica ex D.lgs. n.163/2006, che nel Codice, come nella Direttiva, costituisce strumento di aggiudicazione di procedure aperte, ristrette o negoziate con bando.

La principale differenza tra gli istituti "dell'asta elettronica" e della "gara telematica" riguarda, in primis, la natura autonoma ed alternativa alla procedura tradizionale riconosciuta alla gara telematica, rispetto all'asta elettronica, la quale costituisce la fase finale delle normali procedure di gara, in quanto strumento finalizzato all'aggiudicazione

---

<sup>12</sup> Cfr. L. Grisotomi, *Aspetti giuridici delle Aste on line della Pubblica Amministrazione*, [www.jus.it](http://www.jus.it)

dell' appalto.

Inoltre, mentre la gara telematica è limitata solo agli acquisti per approvvigionamenti di beni e servizi, l'art. 85 del codice prevede l'utilizzo dell'asta elettronica anche per gli appalti di lavori.

Infine, mentre nelle gare telematiche l'abilitazione preliminare ha una validità fino a 24 mesi (art. 9 del D.P.R. n. 101/2002), per il Codice i requisiti di partecipazione all'asta elettronica sono stabiliti di volta in volta dal bando, il quale deve espressamente indicare la scelta dell'amministrazione di adottare tale strumento (art. 85, comma 5).

Concludendo, quindi, mentre le gare telematiche di cui al citato D.P.R. n. 101/2002, sono istituti diversi e distinti rispetto alle aste elettroniche di cui al codice degli appalti, le aste elettroniche non rappresentano una nuova e distinta procedura di gara a sé stante, che si affianca a quelle tradizionali (aperta, ristretta o negoziata), ma possono essere utilizzate all'interno delle procedure tradizionali quale mera tecnica di svolgimento della gara.

Rispetto alla gara telematica, pertanto, il nuovo istituto presenta significative differenze. L'esigenza di definire i confini delle due discipline è stata avvertita dal legislatore che, al comma 12 del citato art.85 del Codice, ha rimandato all'emanazione del regolamento il compito di stabilire:

- a) i presupposti e le condizioni specifiche per il ricorso alle Aste elettroniche;
- b) i requisiti e le modalità tecniche della procedura di Asta elettronica;
- c) le condizioni e le modalità di esercizio del diritto di accesso agli atti della procedura di Asta elettronica nel rispetto dell'art. 13 ("Accesso agli atti e divieti di divulgazione")

Il decreto si apre con un'affermazione di principio stabilendo che *"le procedure telematiche di acquisto assicurano la parità di condizioni dei partecipanti nel rispetto dei principi di trasparenza e semplificazione, nonché delle disposizioni anche tecniche di recepimento della normativa comunitaria sulle firme elettroniche e sulla documentazione amministrativa"*, questo richiamo deve intendersi al D.P.R. n. 445/2000 che costituisce il Testo Unico di tutte le disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa.

Quindi, per espressa previsione di legge, le nuove modalità di comunicazione e trasmissione in via telematica, come i nuovi sistemi informatici, potranno e dovranno essere utilizzati esclusivamente nel rispetto della normativa sulle "firme elettroniche" e sul "documento informatico".

### **1.1 Le firme elettroniche**

L'Italia è stata all'avanguardia nell'introduzione della disciplina della firma digitale. Al riguardo, si deve rilevare che con l'articolo 15, comma 2, della legge 15 marzo 1997, n. 59 inizia, infatti, la storia italiana del documento informatico e della firma digitale, con l'approvazione del principio per cui *"gli atti, i dati, i documenti formati dalla Pubblica Amministrazione e dai privati con strumenti informatici o telematici, i contratti stipulati nelle medesime forme, nonché la loro archiviazione e trasmissione con strumenti informatici, sono validi e rilevanti a tutti gli effetti di legge"*. Per la prima volta il legislatore afferma la validità *"erga omnes"* di un documento siglato con firma digitale, che quindi ha lo stesso valore giuridico del suo omologo cartaceo. Le implicazioni sono notevoli anche per il settore privato: dalla validità dei contratti *on-line* alla possibilità di emettere fatture commerciali o ordini di acquisto.

All'inizio del 2000 venne pubblicata nella Gazzetta Ufficiale comunitaria la direttiva 1999/93/CE relativa ad un quadro comunitario per le firme elettroniche, il cui recepimento è avvenuto con il D.lgs. 23 gennaio 2002, n. 10, poi assorbito con modifiche dal Codice dell'Amministrazione digitale (D.lgs. 7 marzo 2005, n. 82) che stabilisce definitivamente, le nuove regole per il documento informatico e la firma elettronica. Quest'ultima si consolida, nell'ordinamento, nelle forme di firma elettronica "leggera" e firma elettronica "qualificata", categoria nella quale rientra la firma digitale, la cui apposizione al documento informatico definisce giuridicamente quest'ultimo come pienamente equivalente dal punto di vista giuridico al documento cartaceo con sottoscrizione autografa, cioè alla scrittura privata. Inoltre l'apposizione di firma digitale integra e

sostituisce l'apposizione di sigilli, punzoni, timbri, contrassegni e marchi di qualsiasi genere ad ogni fine previsto dalla normativa vigente.

I cardini fondamentali del nuovo quadro normativo di riferimento possono così essere compendati:

- l'articolo 6 del D.lgs n.10/2002 ha modificato l'articolo 10 del D.P.R. n. 445/00, stabilendo che il documento informatico (da intendersi, ai sensi del Testo Unico 2000, come la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti e, quindi, non recante alcuna sottoscrizione elettronica) sottoscritto con firma digitale soddisfa il requisito legale della forma scritta e ha efficacia probatoria ai sensi dell'articolo 2712 del codice civile;

- l'articolo 19 del D.P.R. n.445/2000 dispone che in tutti i documenti informatici la firma autografa o la firma comunque prevista è sostituita dalla firma digitale;

- il secondo comma dell'articolo 21, del Codice dell'Amministrazione digitale approvato con il D.lgs n. 82/2005 (così come modificato dal Dlgs 4 aprile 2006 n. 159),<sup>13</sup> ha definito il valore probatorio del documento informatico affermando solennemente che "*Il documento informatico sottoscritto con firma digitale o con altro tipo di firma elettronica qualificata, ha l'efficacia prevista dall'articolo 2702 del codice civile*".<sup>14</sup> In conseguenza, l'utilizzo del dispositivo di firma si presume sempre riconducibile al titolare, salvo che questi dia prova contraria".

- l'art 1, comma 1, del D.lgs. 7 marzo 2005 n. 82 definisce poi, rispettivamente:

**la firma elettronica** "*l'insieme dei dati in forma elettronica, allegati oppure connessi tramite associazione logica ad altri dati elettronici, utilizzati come metodo di autenticazione informatica*" Il documento informatico cui è apposta sul piano probatorio è poi liberamente valutabile in giudizio tenuto conto delle sue caratteristiche oggettive di qualità e sicurezza;

**la firma elettronica qualificata:** "*la firma elettronica ottenuta attraverso una procedura informatica che garantisce la connessione univoca al firmatario e la sua univoca autenticazione informatica, creata con mezzi sui quali il firmatario può conservare un controllo esclusivo e collegata ai dati ai quali si riferisce in modo da consentire di rilevare se i dati stessi siano stati successivamente modificati, che sia basata su un certificato qualificato e realizzata mediante un dispositivo sicuro per la creazione della firma, quale l'apparato strumentale usato per la creazione della firma elettronica*" Il documento informatico cui è apposta ha l'efficacia prevista dall'art 2702 c.c. l'utilizzo del dispositivo di firma si presume riconducibile al titolare salvo che sia data prova contraria<sup>15</sup>;

**la firma digitale:** "*un particolare tipo di firma elettronica qualificata basata su un sistema di chiavi crittografiche, una pubblica e una privata, correlate tra loro, che consente al titolare tramite la chiave privata e al destinatario tramite la chiave pubblica, rispettivamente, di rendere manifesta e di verificare la provenienza e l'integrità di un documento informatico o di un insieme di documenti informatici*". Anche qui, il documento informatico cui è apposta ha l'efficacia prevista dall'art 2702 c.c. e l'utilizzo del dispositivo di firma si presume riconducibile al titolare salvo che sia data prova contraria.

---

<sup>13</sup> Il Codice dell' Amministrazione Digitale ( d.lgs., n. 82/2005 modificato ed integrato dal D.lgs. n. 159/2006) è improntato al perseguimento dei tradizionali obiettivi della pubblica amministrazione rappresentati dall'efficienza, efficacia, economicità, trasparenza e semplificazione. Quest'ultimo trova un'immediata applicazione nel settore degli appalti pubblici e, in particolare, nelle procedure di gara elettroniche per tutti gli aspetti relativi alle comunicazioni, alle informazioni, alla ricezione delle domande, alla presentazione delle offerte e all'accesso ai documenti, detta inoltre la disciplina dei principi giuridici fondamentali applicabili al documento informatico ed alla firma digitale.

<sup>14</sup> in difetto di apposizione della firma digitale quando questa è espressamente prevista, un'e-mail non può avere rilievo procedimentale: cfr. TAR Lazio, sez. III-quater, 12 febbraio 2008, n.1229

<sup>15</sup> Cfr. M. Villani, *La Firma Digitale* articolo del 5 maggio 2008 Edili Magazine Edilizia Jonica

Sia la firma elettronica qualificata che la firma digitale fanno piena prova fino a querela di falso.

La firma digitale può, quindi, essere pienamente utilizzata non solo per la sottoscrizione del documento informatico, ma anche nella conservazione documentale sostitutiva, nella fatturazione elettronica, nello scambio di documenti informatici in procedimenti amministrativi che hanno eliminato la carta come strumento di autenticazione in rete nei confronti della Pubblica Amministrazione. La titolarità della firma digitale è garantita dai certificatori: si tratta di soggetti con particolari requisiti di onorabilità accreditati presso il Centro Nazionale nella Pubblica Amministrazione (CNIPA) che assicura l'associazione univoca tra la chiave pubblica da usare per la verifica e il titolare della corrispondente chiave privata.

## 1.2 Il documento informatico

Il riconoscimento della validità giuridica del documento informatico e la sua piena equiparazione al documento cartaceo, analogamente, risale alla legge 59/1997 che, all'art. 15, stabiliva che sono *"validi e rilevanti a tutti gli effetti di legge gli atti, i dati, e i documenti formati dalla P.A. e dai privati con strumenti informatici e telematici, nonché i contratti stipulati con le medesime forme"*.

L'art. 1, comma 1, del D.lgs. n. 82/2005, definisce in linea generale come documento informatico ogni rappresentazione informatica di atti, fatti, o dati giuridicamente rilevanti, mentre all'art. 20 comma 1, viene precisato che il documento informatico da chiunque formato, la registrazione su supporto informatico e la trasmissione con strumenti telematici, sono validi e rilevanti a tutti gli effetti di legge, se conformi alle disposizioni del codice ed alle regole tecniche di cui all'articolo 71<sup>16</sup>.

Inoltre l'art. 22, comma 1, del citato decreto, stabilisce che gli atti amministrativi informatici costituiscono informazione primaria ed originale e consacra sul piano giuridico l'equiparazione, di fatto già esistente, tra atto amministrativo cartaceo ed elettronico<sup>17</sup>.

Infine, l'art. 45 comma 2, stabilisce che il documento informatico trasmesso per via telematica si intende spedito dal mittente se inviato al proprio gestore e si intende consegnato al destinatario se reso disponibile all'indirizzo elettronico da questi dichiarato, nella casella di posta elettronica del destinatario messa a disposizione dal gestore.

Uno dei rischi maggiori, legati al ricorso allo strumento elettronico, è che lo stesso diventi un modo, se non correttamente utilizzato per eludere i principi fondamentali di trasparenza delle procedure e di segretezza dell'offerta.

In presenza di vasti fenomeni di "hackeraggio" e di pirateria informatica particolare rilievo è dato, naturalmente, dal codice dell'Amministrazione Digitale al "gestore del sistema", cioè quel soggetto terzo cui affidare il compito di individuare le soluzioni tecniche da adottare per garantire la riservatezza dei dati e la trasparenza delle operazioni<sup>18</sup> e che, in tale ambito, risponde a tutti gli effetti di legge.<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup> Per un caso di applicazione del principio, vedi TAR Lombardia, Brescia, 26 gennaio 2005, n.54

<sup>17</sup> In proposito, ci si chiede se tale accostamento possa prevedersi anche nella pubblicazione di atti amministrativi e, in particolare, se la pubblicazione cartacea possa equipararsi a quella informatica: la giurisprudenza ha affermato che nulla impedirebbe di riconoscere piena validità e rilevanza giuridica delle pubblicazione on-line, in ragione dell'affidamento che i terzi facciano sulla stessa: cfr. Cons. Stato, 20 febbraio 2006 n.700

<sup>18</sup> Cfr. D. Spinelli, F. Petullà, M.A. Antonietta Portaluri, *Le procedure telematiche negli appalti pubblici*, Il Sole 24 Ore 2004 pag. 180

<sup>19</sup> Così ha affermato la giurisprudenza di merito sugli obblighi del provider (Tribunale Prato, 13.10.2001)

### 1.3 Le gare telematiche (art. 9, art.10, D.P.R. 101/2002)

la gara telematica si configura come una procedura specifica, distinta e alternativa rispetto alle tradizionali procedure di gara disciplinate dalla normativa comunitaria e nazionale.

La reale novità introdotta dalla norma è stata quella di rendere possibile lo svolgimento della gara interamente per via telematica, dove l'uso degli strumenti informatici supporta tutta la procedura di approvvigionamento.

Come ogni procedura di gara anche la "gara telematica" ex D.P.R. 101/2002 è preceduta dalla pubblicazione di un bando, definito "bando di abilitazione", da pubblicare nelle forme ordinarie, nonché sul sito informatico della stazione appaltante, almeno 60 giorni prima dell'inizio delle operazioni di gara, cui segue comunque l'avviso di gara. Il bando di abilitazione in esame ha una sua natura giuridica peculiare e distinta dal bando di gara tradizionale e infatti assume caratteristiche mutevoli: talvolta si atteggia come un avviso indicativo (o avviso di preinformazione), in tali casi il bando di abilitazione si limita ad indicare il volume globale degli appalti per ciascuna delle categorie di servizi e di beni che esse intendono aggiudicare nel periodo di validità dell'abilitazione. In altri casi il bando di abilitazione può assumere le caratteristiche di un avviso di qualificazione, ove le amministrazioni specificano le diverse classi per le quali gli utenti possono essere abilitati in relazione alle loro capacità tecniche, finanziarie ed economiche.

Sulla domanda di abilitazione presentata dai fornitori interessati, l'amministrazione è tenuta a pronunciarsi entro quindici giorni dalla ricezione, comunicando la categoria e la classe di importo in cui il fornitore risulta abilitato. Con tale abilitazione/qualificazione, i fornitori possono partecipare a tutte le gare bandite nel periodo di validità dell'abilitazione, che viene definito dalla stessa Amministrazione e che non può essere superiore a due anni. Inoltre le Amministrazioni possono, durante il periodo dell'abilitazione, verificare il permanere dei requisiti in capo alle imprese abilitate.

Al bando di abilitazione, segue l'avviso di gara, che deve essere pubblicato 30 giorni prima dell'inizio delle operazioni di gara, tale avviso rappresenta il vero bando di gara.

Nell'avviso di gara, l'Amministrazione precisa le prescrizioni contenute nel bando di abilitazione, fornendo una descrizione dettagliata dell'oggetto della fornitura, del sistema di negoziazione scelto, del criterio di valutazione delle offerte e di prestazione delle cauzioni, fino a descrivere le modalità di esecuzione del contratto (art. 10, comma 2).

Allo scopo di garantire la massima partecipazione possibile alle gare telematiche, è previsto che possano essere invitati alla gara non solo i fornitori che, nei termini indicati nel bando di abilitazione hanno presentato domanda di abilitazione, ma anche i fornitori che presentano tardivamente la domanda in risposta all'avviso di gara.

Il decreto (art. 10, comma 2, lett. b) precisa, infatti, che nell'avviso di gara, l'Amministrazione deve indicare le modalità, conformi a quelle previste nel Bando di abilitazione per la medesima categoria e classe, di presentazione delle domande di abilitazione da parte di soggetti non precedentemente abilitati e che il termine di presentazione delle domande non deve essere inferiore a 15 giorni dalla pubblicazione dell'avviso.

Lo scopo della norma è chiaramente quello di evitare la creazione di un sistema chiuso di fornitori, incompatibile con le norme della libera concorrenza, volendosi evitare che partecipino alle gare bandite nel periodo di abilitazione (anche due anni) esclusivamente le imprese abilitate nei termini del bando di abilitazione.

Le offerte devono essere presentate con le forme e le modalità indicate nell'invito, restando ferma la necessità (come previsto all'art. 4) che le stesse siano confermate con firma digitale. Al "gestore del sistema" spetta il controllo (art. 6, comma 2) dei principali parametri di funzionamento del sistema, con l'onere di segnalare non solo le anomalie delle procedure (intendendosi per tali le eventuali disfunzioni tecniche). Infatti il sistema software deve poi individuare automaticamente le offerte che presentano carattere anormalmente basso (offerte anomale), le quali devono essere segnalate all'Amministrazione da parte del gestore del sistema. A vigilare sul corretto svolgimento della procedura è poi il "responsabile del procedimento" cui

spetta il compito delicatissimo di convalidare i risultati di gara dopo aver verificato la regolarità della procedura e dell'offerta e al quale spetta il compito di provvedere alla risoluzione di tutte le questioni (art. 8, comma 1, D.P.R. n. 101/2002) inerenti la procedura.

Risulta evidente che il responsabile del procedimento e il gestore del sistema dovranno necessariamente relazionarsi nelle varie fasi di gara, secondo modalità che devono essere puntualmente definite nel capitolato speciale di gara o nel bando.

#### 1.4 Il mercato elettronico (art. 11, D.P.R. 101/2002)

Il mercato elettronico è uno strumento che ha lo scopo di supportare gli acquisti di importo inferiore alla soglia di rilievo comunitario (133mila euro per le amministrazioni centrali, 206mila euro per quelle locali) e di promuovere la partecipazione delle piccole e medie imprese locali al Programma. Si tratta di un vero e proprio grande catalogo elettronico, di tipo selettivo, in cui i fornitori che hanno ottenuto l'abilitazione offrono i propri beni e servizi direttamente *on-line*; i compratori registrati (le pubbliche amministrazioni) possono consultare il catalogo delle offerte ed emettere direttamente ordini d'acquisto o richieste d'offerta. Rispetto alle convenzioni si presenta come un canale complementare, idoneo per l'acquisto di beni e servizi che non è efficiente trattare a livello di convenzioni per le loro caratteristiche peculiari (ad esempio, beni non standardizzabili) o per il tipo di fabbisogno che sono destinati a soddisfare (ad esempio acquisti frazionati, frequenti, per volumi ridotti, con opzioni di servizio specifiche). Sul MEPA, dunque, si possono trovare beni e servizi che non sono disponibili in convenzione (ad esempio articoli di cancelleria, prodotti per l'informatica al dettaglio, materiale elettrico, indumenti e accessori) oppure prodotti analoghi e/o simili a quelli delle convenzioni, che però vengono acquistati con modalità diverse.

Le singole Amministrazioni, limitatamente alle forniture e servizi di importo inferiore alla soglia comunitaria, possono autonomamente organizzare un vero e proprio "mercato elettronico" e, formare una serie di cataloghi disponibili su internet, sulla base delle proposte delle imprese previamente selezionate attraverso un bando di abilitazione. I prodotti della singola impresa che sono stati oggetto del bando, devono aver superato il controllo sui requisiti qualitativi e quantitativi dei singoli beni e possono essere acquistati direttamente entro il limite dei 20.000 euro, ovvero, per somme superiori, previo un ulteriore confronto competitivo tra i soggetti che sono abilitati.

I fornitori o prestatori di servizi che, in risposta al bando di abilitazione, risultano "abilitati" hanno diritto a partecipare al mercato elettronico, per tutto il periodo dell'abilitazione (fino a un massimo di due anni), esponendo nel mercato (inteso come piattaforma tecnologica) i propri cataloghi abilitati, dai quali l'Amministrazione acquisterà direttamente.

Le Amministrazioni, inoltre, possono, di volta in volta, chiedere ai fornitori abilitati di presentare ulteriori offerte (art. 11, comma 2) che verranno valutate in maniera automatica dal sistema informatico utilizzato dall'Amministrazione, con la formulazione in automatico di una graduatoria. Ciò a differenza, quindi, di quanto previsto per le gare telematiche, per le quali non è prevista alcuna valutazione automatica delle offerte.

Il *marketplace* permette all'unità ordinante di operare secondo due diverse procedure telematiche di approvvigionamento di beni e servizi: l'ordine diretto (*Direct Purchase*) e la richiesta di offerta (*Request for Quotation*). L'amministrazione, nel primo caso, ex comma 1, effettua acquisti direttamente dai cataloghi predisposti dagli utenti selezionati; nel secondo caso, invece, richiede ulteriori offerte ai clienti.

Nel caso di richiesta di offerta, il sistema informatico di negoziazione provvede a valutare in maniera automatica le offerte ricevute, predisponendo una graduatoria sulla base dei criteri scelti dall'unità ordinante tra le opzioni proposte dal sistema stesso. Tutti i beni e i servizi disponibili sul *marketplace* devono essere, quindi, definiti nel catalogo elettronico che costituisce il database dal quale i punti ordinanti possono selezionare ed ordinare i

prodotti e/o servizi resi disponibili dai fornitori abilitati<sup>20</sup>.

Il sistema, così delineato, si traduce di fatto nella possibilità per l'Amministrazione di acquistare determinati beni e servizi scegliendo sulla base di un elenco di fornitori di fiducia (selezionati con il Bando di abilitazione) i quali possono anche essere chiamati a presentare ulteriori sconti sul prezzo di listino (ciò traducendosi, evidentemente, nella previsione che l'Amministrazione può chiedere ulteriori offerte valutate automaticamente dal sistema). Il sistema di mercato elettronico mira sicuramente a snellire e velocizzare gli acquisti delle Amministrazioni, soprattutto quelli frequenti e di importo limitato, prevedendo un confronto in tempo reale tra domanda e offerta. Questo sistema, così descritto, dando vita a un sistema chiuso (poiché predefinito) di fornitori abilitati, è utilizzabile per gli affidamenti di valore inferiore alla soglia comunitaria. Per le forniture e servizi di valore superiore a tale soglia, infatti, la normativa di riferimento (art. 45 del codice dei contratti), pur ammettendo la possibilità per le Amministrazioni di dar vita a elenchi di fornitori o prestatori di servizi di fiducia, prevede che l'iscrizione in tali elenchi non sia obbligatoria e non costituisca requisito o condizione di partecipazione, ma soltanto presunzione di idoneità ad eseguire la fornitura o il servizio. Tali elenchi, quindi, non costituiscono dei sistemi chiusi, nel senso che le Amministrazioni non possono consentire la partecipazione alle gare soltanto alle imprese iscritte in tali elenchi.

### **1.5 Mercato elettronico ai sensi dell' art. 11, comma 5, un portale per la Pubblica Amministrazione**

Il decreto, nel disciplinare il mercato elettronico, ha introdotto all'art. 11, comma 5 una disposizione particolare prevedendo che *"il Ministero dell'Economia e delle Finanze ed il Dipartimento per l'Innovazione e le Tecnologie, anche avvalendosi di proprie strutture e concessionarie, possano predisporre gli strumenti elettronici e telematici necessari alla realizzazione di un mercato elettronico della Pubblica Amministrazione, di tutti i servizi informatici, logistici e di consulenza, necessari alla compiuta realizzazione dello stesso"*.

Dalla norma si desume l'idea di creare un vero "portale della Pubblica Amministrazione" a cui, tenendo conto delle crescenti istanze di decentramento e autonomia, avrebbero potuto accedere quelle Amministrazioni di piccole dimensioni che non avevano al loro interno le professionalità o le strutture necessarie per dar vita a un proprio sistema di mercato elettronico. Nella bozza di decreto, peraltro, si è affidata a Consip (società per azioni del Ministero dell'Economia e delle Finanze), in qualità di soggetto organizzatore, la realizzazione, nonché una prima applicazione, del mercato elettronico.

La prima esperienza di mercato elettronico, esperita da Consip, ha riguardato l'acquisto di materiale elettrico per la Pubblica Amministrazione. In tale scia, attuando la legge finanziaria per il 2000, con il Decreto ministeriale del 24 febbraio 2000, il Ministero dell'Economia e delle Finanze (MEF) ha individuato nella Consip la struttura di servizio per gli acquisti di beni e servizi per le P.A., definendo, nelle leggi finanziarie degli anni successivi, gli indirizzi cui la società si è attenuta nell'attuazione di tale programma.

Per conferire pratica applicazione alle disposizioni normative, la Consip, ha definito il portale "Acquisti in rete della P.A." che di fatto realizza il mercato digitale, il *market-place* per l'approvvigionamento sotto la soglia comunitaria di beni e servizi delle amministrazioni statali. Pertanto le imprese, ai sensi del D.P.R. n. 101/2002, devono preliminarmente aver

---

<sup>20</sup>Cfr. D. Colaccino "1st High level seminar on e-procurement" - Il quadro normativo sull'e-procurement. L'esperienza italiana alla luce delle direttive comunitarie 17 e 18 del 2004- Napoli, 30 gennaio 2006 pag.8.

conseguito l'abilitazione al mercato elettronico a fronte di uno o più bandi pubblicati dalla Centrale di committenza, conformemente alla normativa vigente ove siano specificate:

a) le categorie merceologiche per settori di prodotti e servizi in cui è organizzato il Mercato elettronico;

b) le specifiche tecniche, costruttive e di qualità, nonché i livelli dei servizi richiesti;

c) modalità e requisiti, soggettivi ed oggettivi, per poter presentare domanda di abilitazione, nonché l'indicazione di eventuali procedure automatiche di valutazione;

d) durata dell' abilitazione al Mercato elettronico;

e) indicazione del sito ove siano disponibili ulteriori indicazioni:

- sui mezzi telematici per la presentazione delle domande;
- sui mezzi informatici per la presentazione dei cataloghi e delle offerte;
- sul funzionamento del Mercato elettronico;
- sulle metodologie utilizzate dal sistema per le richieste automatiche di quotazione;
- sulle esclusioni automatiche;
- sulle modalità e criteri per la dimostrazione del possesso dei requisiti soggettivi ed oggettivi e la loro permanenza;
- sulle modalità di comunicazione;
- sulle modalità di pubblicazione sul sito degli avvisi di aggiudicazione.

Prima caratteristica di tali bandi è che si tratta di bandi "aperti", cioè di durata prolungata (mediamente 18 mesi), in modo tale da garantire continuamente ai fornitori che lo desiderino la possibilità di accedere al Mercato elettronico richiedendo l'abilitazione. Quella dell' abilitazione dei fornitori è una procedura "aperta" e non competitiva, in quanto di per sé non comporta l'aggiudicazione di una fornitura di qualsiasi natura, né l'ottenimento dell'abilitazione a discapito di altri fornitori. Chiunque sia dotato dei requisiti richiesti dal bando può ottenere l'abilitazione al mercato elettronico, senza limitazioni di numero o di tempo.

Le domande di partecipazione al Mercato elettronico vengono valutate dalla Centrale di committenza con riguardo ai requisiti soggettivi posseduti dai richiedenti (Iscrizione alla CCIAA; assenza di cause di esclusione ex art. 11 D.lgs. 358/92, art. 12 D.lgs. 157/95, art. 1bis 1.383/2001 e s.m.i ; rispetto della normativa sul lavoro dei disabili ex art. 17 L. 68/1999; assenza di sanzioni o misure cautelari di esclusione a contrarre con la P.A. ex D.lgs. 231/2001; fatturato minimo) che con riguardo ai requisiti oggettivi (conformità dei prodotti offerti agli standard tecnici e commerciali previsti dal Capitolato Tecnico). Dopo aver conseguito l'abilitazione per il bando di proprio interesse, gli operatori economici possono presentare il proprio catalogo elettronico (*e-catalog*) dei prodotti alle PP.AA., per ricevere direttamente ordini di acquisto e rispondere a richieste di offerta per specifiche forniture.

Le PP.AA., per importi inferiori alla soglia dei 20.000 euro, possono approvvigionarsi dei beni e servizi presenti nel catalogo inviando un ordine di acquisto diretto ad un fornitore selezionato oppure effettuando una richiesta di offerta a più fornitori, mentre per importi superiori -e sino alla soglia europea- vale il richiamo alle norme sugli acquisti in economia (art. 11 comma 1 del D.P.R. 101/2002, oggi sostituito dall'art. 125 del codice).

L'uso del Mercato elettronico comporta notevoli vantaggi per la P.A., quali: la riduzione dei costi e dei tempi di acquisto; la conformità agli standard di qualità; la semplificazione e la trasparenza delle procedure; il totale rispetto delle normative vigenti; il monitoraggio della spesa attraverso la tracciabilità degli acquisti.

Per catalogo elettronico o *e-catalog* si intende un catalogo in formato elettronico di prodotti e/o servizi nel quale vengono presentati, da uno o più fornitori, prodotti, di uno o più produttori, descritti in forma strutturata (omogenea) o meno, con l'indicazione di caratteristiche commerciali e tecniche. All'interno del catalogo possono essere indicati i prezzi dei prodotti/servizi offerti<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> Cfr. R. Carata *Centrali di committenza ed elettronici procurements verso l'attuazione della direttiva 2004/18/CE*

## 2. La disciplina comunitaria con le direttive 2004/17 e 2004/18

Secondo i dati degli uffici della comunità, gli appalti pubblici rappresentano il 16% del PIL dell'Unione europea, con un valore pari a 1.429 miliardi di euro<sup>22</sup>. Essi costituiscono, pertanto, uno dei settori strategici del mercato unico. Malgrado l'importanza economica, il mercato degli appalti pubblici dell'Unione Europea non è ancora sufficientemente aperto e competitivo. La gestione inefficiente e poco organica degli appalti pubblici a livello europeo si è tradotta, di fatto, in una perdita di produttività.

La strategia per il rilancio del settore del *public procurement*, individuata dalla Commissione, si è concretizzata, nell'aprile del 2004, con l'adozione da parte del Consiglio e del Parlamento europeo della direttiva 2004/18/CE, relativa al "Coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi" (settori classici od ordinari) e 2004/17/CE, relativa al "Coordinamento delle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali" (settori speciali o esclusi).

Con tali direttive, il sistema *dell'e-procurement* ha avuto una prima compiuta attuazione.

Il "pacchetto legislativo" è stato considerato un momento essenziale per consolidare ed ammodernare il regime attuale degli appalti pubblici e per creare le condizioni per realizzare un mercato europeo degli appalti più efficiente e competitivo.

Le direttive comunitarie 2004/18/CE e 2004/17/CE, operando un processo di riordino delle precedenti direttive ed in particolare della 92/50/CE in materia di servizi, della 93/36/CE in materia di forniture, della 93/37/CE in materia di lavori e della 93/38/CE per i settori speciali, hanno unificato la disciplina degli appalti e concessioni di lavori, servizi e forniture. Contemporaneamente al soddisfacimento dell'esigenza di riordino e semplificazione, le direttive hanno provveduto ad aggiornare la normativa vigente, tenendo conto dell'evoluzione tecnologica. L'adozione di strumenti sempre più marcatamente basati su sistemi informatici dovrebbe condurre a notevoli risparmi di processo per le amministrazioni e a minori costi di partecipazione dei fornitori<sup>23</sup>.

Lo spirito complessivo delle direttive e del codice, in materia di aste elettroniche, è diretto ad offrire un numero più ampio di strumenti, al fine di ridurre l'onerosità ed i tempi delle gare. Essendo in precedenza il sistema troppo rigido, adesso sono stati introdotti sia nuovi procedimenti più flessibili, come l'accordo quadro ed il sistema dinamico di acquisizione, sia uno strumento di velocizzazione, rappresentato dai procedimenti di selezione elettronica dei fornitori.

### 2.1 Le problematiche generali coinvolte dalla direttiva n. 2004/18/CE

Le citate direttive n. 2004/18/CE e la n.2004/17/CE sono forse i più importanti provvedimenti della legislatura europea 2000-2004.

La vicenda della loro approvazione ha visto il manifestarsi di notevoli contrasti tra Commissione, Parlamento e Consiglio, il che fa ritenere che il compromesso alla fine trovato fosse probabilmente il migliore possibile.

Con il secondo "considerando" viene posto in evidenza che l'aggiudicazione degli appalti negli Stati membri è subordinata al rispetto dei principi del Trattato ed in particolare a quelli *"della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché ai principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza"*.

Le norme delle direttive, in quanto fondate sui principi dei trattati istitutivi dell'Unione,

---

<sup>22</sup> Cfr. U. Realfonzo, *Accordo quadro e sistema dinamico di acquisizione*, atti Convegno Paradigma 2007, inedito

<sup>23</sup> Cfr. Quaderni Consip IV 2007 *riflessioni sull'impatto economico degli istituti innovativi del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture* pag. 8

sono quindi di stretta coerenza anche al di sotto della soglia, così come costantemente affermato dalla Corte di Giustizia della UE.

Altra area ancora un po' troppo lasciata in ombra e che avrebbe, forse, richiesto una più decisa puntualizzazione in sede comunitaria, concerne l'attuazione della legislazione comunitaria in materia di forniture e servizi da parte delle Regioni<sup>24</sup>.

Ciò è dimostrato proprio dall'insorgere di numerosi conflitti di attribuzione tra le Regioni e lo Stato centrale (specie, in verità, in materia di lavori pubblici). Sarebbe, forse, stata opportuna la canonizzazione, in sede comunitaria, di confini più chiari, per assicurare la reale compatibilità delle normative regionali in materia di appalti e di contratti, normative che non sono certo state avare dei più svariati artifici diretti ad operare restrizioni alla concorrenza (albi regionali, "liberalizzazione" delle trattative private, frammentazione delle strutture organizzative in una molteplicità di "stazioni appaltanti" ecc.)<sup>25</sup>.

Sotto il profilo procedimentale la direttiva 2004/18/CE è stata impostata su tre cardini fondamentali:

A) *consolidamento della normativa esistente*: La normativa riprende e riunifica la struttura delle procedure così come erano state poste dalle direttive n. 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi, n. 93/36/CEE del 14 giugno 1993 per gli appalti pubblici di forniture e n. 93/37/CEE (successivamente modificata dalla direttiva 97/52/CE) per gli appalti di lavori pubblici. La riunificazione in un solo testo non esaurisce il consolidamento delle precedenti direttive, in quanto la nuova normativa codifica i precetti così come sono stati riletti dalla Corte di Giustizia, le cui indicazioni sono sovente state recepite nel testo, soprattutto relativamente alla corretta definizione dei principi fondamentali del trattato con una immediata rilevanza in tema di gare (libera circolazione delle merci, libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, par condicio fra i concorrenti, non discriminazione, riconoscimento, proporzionalità e trasparenza).

B) *rinnovo delle disposizioni controverse*, la cui formulazione aveva dato origine a difficoltà e contrasti funzionali e giurisprudenziali: il nuovo testo cerca di superare e di porre un freno a quelle prassi dirette ad assicurare una libertà illimitata di scelta delle autorità contraenti in spregio dei principi fondamentali.

Il rinnovamento si indirizza a sua volta su tre direttrici operative:

1) semplificazione dei procedimenti, essenzialmente ancorata alla codifica coerente delle discipline preesistenti, con un ordine logico e procedimentale che cerca di dar luogo ad un vero e proprio vademecum per gli utilizzatori. Certamente il tentativo di armonizzare un coacervo di norme di eterogenea origine e di non chiari confini, non sempre può dirsi riuscita e, tuttavia, il livello di sistematicità raggiunta appare notevolmente più soddisfacente rispetto al passato.

2) chiarificazione dei nodi più controversi, principalmente affidata alla unitarietà dell'impianto complessivo, che aumenta di gran lunga la chiarezza dello stesso soprattutto al fine di ridurre "i margini di interpretazione" (come per esempio in materia di criteri di aggiudicazione). Ciò anche al fine di evitare il proliferare di un contenzioso che allunga i tempi di definizione del procedimento e talvolta allontana l'attribuzione dell'appalto, ovvero comporta notevoli oneri connessi con la condanna al risarcimento del danno in favore delle imprese illegittimamente escluse dall'aggiudicazione a cui avrebbero avuto diritto.

3) modernizzazione delle disposizioni, frutto di una naturale evoluzione delle disposizioni esistenti e di una innovazione delle procedure soprattutto in una prospettiva di flessibilità.

C) *innovazioni del tessuto normativo* con l'introduzione di nuovi istituti che qui interessano e che sono, in tutto o in parte sconosciuti ai singoli ordinamenti, quali gli accordi quadro, il dialogo competitivo, le aste elettroniche, il sistema dinamico di acquisizione, le centrali di

---

<sup>24</sup> Il profilo problematico è stato confermato dai molteplici interventi della Corte Costituzionale: 17 dicembre 2008 n. 411; 30 luglio 2008 n. 320; 14 dicembre 2007 n. 431 e sopra tutte la prima del 23 novembre 2007 n. 401

<sup>25</sup> Cfr. U. Realfonzo, *Appalti pubblici di forniture*, Il Sole – 24 Ore 2<sup>a</sup> edizione 2004, pag. 3

acquisto<sup>26</sup>.

La disciplina comunitaria si è quindi caratterizzata proprio per la particolare attenzione dedicata agli strumenti informatici ed ai nuovi meccanismi di committenza per via elettronica.

Si è, infatti, inteso consentire alle amministrazioni aggiudicatrici di avvalersi in via esclusiva degli strumenti di trasmissione di tipo elettronico, proprio con l'esplicito intento di determinare economie funzionali, procedurali ed economiche prima non realizzabili.

Né va trascurato il profilo dell'accelerazione dei tempi: il 38° considerando della direttiva, sottolinea come l'uso di mezzi elettronici determini economie di tempo e come, pertanto, in tali casi sia necessaria una riduzione dei termini minimi.

Allo stesso modo, nel 35° considerando, tenuto conto della rapida e costante espansione dei sistemi di acquisto elettronico e dei positivi effetti in termini di aumento della concorrenza e del risparmio di tempo, si pone come finalità la necessità di prevedere un'adeguata normativa in modo tale da consentire alle amministrazioni aggiudicatrici di porre sullo stesso piano i mezzi elettronici e gli ordinari mezzi di comunicazione.

Si giunge quindi a prevedere la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di scegliere i mezzi di comunicazione più adatti per lo scambio di informazioni relative alla gara, di ricorrere alle aste elettroniche ed ai sistemi dinamici di acquisizione.

### **3. Il legislatore italiano: il recepimento delle direttive comunitarie e il rapporto con la disciplina previgente**

Prima dell'entrata in vigore (10 luglio 2006) del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, "Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture", la materia degli appalti pubblici, in ambito nazionale, a parte le norme regionali, era disciplinata dalla seguente normativa di riferimento:

- **per gli appalti pubblici di rilevanza comunitaria nei settori "ordinari":**

a) D.lgs. 24.7.1992 n. 358 per gli appalti di forniture;

b) D.lgs. 17.3.1995 n. 157 per gli appalti di servizi;

c) L. 11.2.1994 n. 109 (c.d. legge quadro sui lavori pubblici) che nel corso degli anni ha subito numerose modifiche ed integrazioni (legge n. 216/95 - c.d. Merloni-bis; legge n. 415/98 - c.d. Merloni-ter; legge n. 166/2002 c.d. - Merloni-quater)

d) D.P.R. 21.12.1999 n. 554 (recante il Regolamento di attuazione) per gli appalti di lavori; nei settori c.d. ex "esclusi":

a) D.lgs. 17.3.1995 n. 158 per gli appalti di lavori, servizi e forniture;

- **per gli appalti pubblici sotto la soglia comunitaria**

a) D.P.R. 18.4.1994 n. 573 per gli appalti di forniture;

b) R.D. 23.5.1924 n. 827 (recante il Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato) ritenuto finora applicabile agli appalti di servizi, in mancanza di una disciplina organica della materia;

c) L. 11.2.1994 n. 109 e s.m.i. per gli appalti di lavori;

d) D.P.R. 21.12.1999 n. 554, recante il Regolamento di attuazione per gli appalti di lavori.

Si trattava di un quadro estremamente variegato, con articolati profili problematici di natura interpretativa. Questa complessità è in parte fisiologica ed ineliminabile, in quanto nel settore della contrattualistica pubblica convergono, non solo fonti appartenenti a due distinti ordinamenti giuridici (fonti comunitarie e nazionali) e di diverso rango (Trattato istitutivo, regolamenti, direttive, pronunce della Corte di Giustizia, da un lato, leggi statali, leggi regionali, e regolamenti, dall'altro), ma anche fonti di diritto internazionale, derivanti dall'adesione dello Stato italiano e dell'Unione Europea ad accordi ed organismi sopranazionali.

---

<sup>26</sup> Cfr. U. Realfonzo, *Appalti pubblici di forniture*, Il Sole – 24 Ore 2<sup>a</sup> edizione 2004, pag. 5

Ulteriori difficoltà applicative sono poi derivate dal fatto che la potestà legislativa in questo specifico settore degli appalti pubblici, un tempo esclusiva dello Stato, si è spostata su più livelli di governo: verso l'alto in favore dell'Unione Europea, per effetto dell'adesione dell'Italia al Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea ed alle sue successive modificazioni; verso il basso in favore delle Regioni, la cui potestà legislativa è stata notevolmente ampliata con la riforma del Titolo V, parte seconda, della Costituzione, operata con la legge costituzionale 3/2001<sup>27</sup>.

Nello scenario normativo nazionale in materia di appalti pubblici caratterizzato, come si è descritto, da una legislazione frammentaria e disorganica composta da una pluralità di fonti normative distinte, la necessità di recepimento delle due nuove direttive comunitarie 2004/18 e 2004/17, nei termini previsti di 21 mesi dalla loro pubblicazione e cioè entro il 31 gennaio 2006, è stata l'occasione per avviare un processo di razionalizzazione e semplificazione della materia, con l'obiettivo di pervenire ad un unico testo normativo nel quale fossero comprese tutte le fasi del processo di realizzazione degli appalti di lavori, servizi e forniture (programmazione, progettazione, affidamento, stipula del contratto, esecuzione, collaudo e contenzioso), sia nei settori ordinari che nei settori speciali, sia sopra che sotto soglia comunitaria.

La scelta comunitaria compiuta con le due direttive 2004/17 e 2004/18, di unificare le discipline in materia di appalti di lavori, di forniture e di servizi, ha guidato anche il legislatore italiano nel fissare i limiti della delega contenuti nell' art. 25 della legge n. 62 del 18 aprile 2005 (legge comunitaria 2004), affidando al legislatore delegato il compito di compilare *"un unico testo normativo recante disposizioni legislative in materia di procedure d'appalto disciplinate dalle due direttive coordinando anche le altre disposizioni in vigore nel rispetto dei principi del Trattato istitutivo dell'Unione europea"* (lett. a), attuando anche la *"semplificazione delle procedure di affidamento che non costituiscono diretta applicazione delle normative comunitarie, finalizzata a favorire il contenimento dei tempi e la massima flessibilità degli strumenti giuridici"* (lett. b).

Il coordinamento della disciplina nazionale previgente è avvenuto tenendo conto dei principi del sistema italiano in materia di procedimento amministrativo (legge 241/90), della informatizzazione della pubblica amministrazione (codice dell'amministrazione digitale, D. Lgs. n. 82/2005) e della semplificazione della documentazione amministrativa (D.P.R. n. 445/2000).

### **3.1 Il Codice dei contratti nella pubblica amministrazione**

In tale prospettiva, il recepimento della normativa comunitaria è divenuta l'occasione ideale per la raccolta sistematica della disciplina nazionale previgente, apportando le modificazioni necessarie a garantire la semplificazione e la coerenza logica, sistematica e lessicale della normativa. Tanto si evince, d'altronde, dalla stessa denominazione scelta dal legislatore per il nuovo codice: "Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture".

Nel recepire i due testi comunitari (direttive 17 e 18), al contempo riscrivendo ed armonizzando la complessa ed articolata disciplina di rango primario (la disciplina degli aspetti di dettaglio è infatti lasciata alle fonti secondarie) in materia di appalti previgente nel nostro ordinamento, il Codice, alla stessa stregua del "pacchetto legislativo" comunitario, cerca di combinare tra loro l'urgenza di attribuire alla stazione appaltante strumenti di azione più flessibile ed il compito di conformare l'esercizio di tale libertà ai principi di parità di trattamento o non discriminazione, trasparenza, reciprocità, proporzionalità e, soprattutto, di concorrenza. In linea generale il Codice, oltre a definire nuove soglie per gli appalti di rilievo comunitario, ad adottare un vocabolario e una nomenclatura comune in materia di appalti (CPV)<sup>28</sup>, nelle procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori, forniture e servizi apporta nuovi strumenti contrattuali e mezzi di

---

<sup>27</sup> Cfr. P. Vallone, *I nuovi modelli di e-procurement nei contratti della pubblica amministrazione* master Scuola Superiore Pubblica Amministrazione del 2006/2007

<sup>28</sup> Il "Common Procurement Vocabulary" è stato approvato con Reg. CE n. 2195/2002 e s.m.

modernizzazione mediante:

- a) la possibilità che un appalto di lavori possa avere ad oggetto sia la sola esecuzione, sia la esecuzione e progettazione dell'intervento, sia la realizzazione con qualsiasi mezzo;
- b) l'impiego di strumenti informatici nelle pubblicazioni e nelle comunicazioni (pubblicazione di avvisi e capitolati sul c.d. profilo di committente che è il sito informatico della stazione appaltante; trasmissione bandi e avvisi alla Comunità europea per via elettronica) e nell'attività di contrattazione (come nelle Aste elettroniche);
- c) l'introduzione di nuovi meccanismi di affidamento dei contratti, quali:
  - l'Accordo quadro;
  - il Sistema dinamico di acquisizione;
  - il Dialogo competitivo;
  - la contrattazione mediante Centrali di committenza;
- d) maggiori garanzie della concorrenza mediante:
  - un maggior rigore nella determinazione dei criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa fin dal momento del bando;
  - un articolato contraddittorio in caso di offerte anomale;
- e) strumenti di tutela di esigenze sociali e ambientali:
  - potendo utilizzare criteri ambientali e sociali nella valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa;
  - potendo riservare l'affidamento degli appalti a laboratori che impieghino mano d'opera disabile.

### **3.2 Le peculiarità procedurali dei nuovi istituti**

Oltre all'introduzione di innovazioni procedurali, i nuovi strumenti rispondono sistematicamente all'esigenza delle pubbliche amministrazioni e delle centrali di committenza (tra le quali, per esempio, rientra Consip) di selezionare fornitori che siano dinamici e sufficientemente flessibili da permettere alle Stazioni Appaltanti di far fronte alle mutevoli esigenze di una domanda potenzialmente eterogenea come quella della Pubblica Amministrazione.

Processi dinamici di questo tipo rispondono all'esigenza di assicurare alle parti coinvolte, tanto amministrazioni e/o centrali di committenza quanto fornitori, un adeguato margine di flessibilità tra una fase e l'altra del processo di aggiudicazione. Nella selezione dei fornitori, infatti, si rende possibile il passaggio da un tradizionale processo statico (nel quale i fornitori presentano un'unica proposta definitiva e vincolante), ad un processo che si dipana nel tempo tipicamente articolato in due fasi, in grado di consentire ai fornitori il rilancio su uno o più dimensioni dell'appalto. Così, nella prima fase il meccanismo è diretto ad una prima valutazione delle offerte, mentre la seconda fase, che è successiva alla selezione di uno o più operatori, è imperniata su un successivo rilancio su alcuni o tutti gli aspetti dell'appalto dell'accordo quadro, ma non la fissazione a priori del numero degli operatori coinvolti.

La prima fase serve, sostanzialmente, a delineare una cornice chiara, all'interno della quale i fornitori avranno la possibilità di muoversi nella fase successiva e quindi si prefigge di stimolare un processo competitivo sugli elementi fondamentali del contratto (ovvero su quegli aspetti della fornitura e del fornitore, che la Stazione Appaltante consideri imprescindibili per la soddisfazione dei propri bisogni).

Nella seconda fase, poi, la Stazione Appaltante avvia una procedura concorrenziale sugli aspetti che consentono il completamento del contratto. Si delinea così la possibilità di selezionare i migliori fornitori per soddisfare esigenze di acquisto ripetute nel tempo, consentendo a questi ultimi di riservarsi la possibilità di rinegoziazione, totale o parziale, della prima proposta presentata.

Una delle scelte principali della Stazione Appaltante riguarda il grado di "completezza" del contratto, ovvero il numero e la tipologia di aspetti sui quali si svolgerà la competizione nella prima fase e che determinerà il grado di flessibilità disponibile nella fase successiva.

Se è altamente probabile che un più alto livello di completezza comporti condizioni più vantaggiose nelle offerte iniziali, ciò può, talvolta, condurre ad un minor grado di flessibilità nella delineazione dei rilanci per l'aggiudicazione dell'appalto di fornitura specifico.

Normalmente, si determina un rapporto di proporzionalità inversa tra il grado di rigidità della selezione e la flessibilità dell'andamento della seconda fase.

Quanto maggiori sono i requisiti fondamentali ed imprescindibili della fornitura richiesti nella prima fase, tanto più rigida sarà la selezione dei fornitori<sup>29</sup>.

Nella seconda fase, di conseguenza, sarà minore il margine di flessibilità fruibile per il completamento del contratto, a causa del limitato numero di fornitori che sono stati in grado di soddisfare i requisiti inizialmente richiesti. Al contrario, un approccio più "morbido" sui requisiti imprescindibili comporta una minore selezione iniziale dei fornitori e lascia maggiori possibilità di scelta nella fase di completamento delle offerte, a fronte dell'organizzazione di una procedura di gara più complessa. Questo rapporto deve essere valutato, per ogni singola gara, sulla base del grado di complessità della fornitura e dell'incertezza circa le future esigenze.

#### **4. Le definizioni dei principali elementi degli appalti elettronici**

##### **4.1 Il concetto di *e-procurement* pubblico**

Con il termine *e-procurement* si intende quell'insieme di tecnologie, procedure, operazioni e modalità organizzative (c.d. ICT - *Information Communication Thecnology*) che consentono l'acquisizione di beni e servizi *on-line*, grazie alle possibilità offerte dallo sviluppo della rete Internet e del commercio elettronico senza l'utilizzo del supporto cartaceo.

Lo sviluppo dell'ICT influenza fortemente l'adozione di nuovi modelli di *e-procurement* che le direttive comunitarie 2004/17/CE e 2004/18/CE e quindi il Codice (nel quale la disciplina in materia di appalti pubblici elettronici è pressoché integralmente trasfusa). Sempre più, nelle nuove procedure di aggiudicazione, lo strumento informatico diverrà l'elemento centrale nella scelta del contraente. Alla base di questa scelta sta la constatazione che l'uso di tali strumenti, nel rispetto dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza, consentono un aumento della concorrenza e dell'efficienza della commessa pubblica, in particolare grazie al risparmio di tempo e di denaro derivante dal loro utilizzo.

Nel nuovo ordinamento sugli appalti della pubblica amministrazione, la modernizzazione passa anche attraverso disposizioni che ampliano e rafforzano l'uso dei mezzi elettronici, nelle comunicazioni e nelle presentazioni delle offerte, dando con ciò piena attuazione a quanto disposto dall'art 42 della direttiva 18 (regole applicabili alle comunicazioni), laddove viene precisato che "*tutte le comunicazioni e tutti gli scambi di informazioni di cui al presente titolo possono avvenire, a scelta dell'amministrazione aggiudicatrice, per posta, mediante fax, per via elettronica, per telefono o mediante una combinazione di tali mezzi*". Nell'ambito dei rapporti tra operatori economici e stazioni appaltanti, queste ultime possono, pertanto, decidere di eseguire tutte le comunicazioni attraverso i mezzi elettronici o mediante la combinazione di mezzi tradizionali e mezzi elettronici. Gli operatori economici, pena l'esclusione dalle gare stesse, devono quindi adeguarsi alla scelta operata dalle amministrazioni che riescono in tale maniera a raggiungere l'obiettivo di una riduzione dei termini minimi per lo svolgimento delle procedure.

I nuovi modelli di *e-procurement* consentono tuttavia di perseguire obiettivi di maggiore portata rispetto quelli ottenibili da un uso puramente strumentale dei mezzi informatici; infatti lo strumento elettronico, all'interno dei nuovi processi come i sistemi dinamici di acquisizione e le aste elettroniche, consente l'istituzione di sistemi di scelta del contraente interamente gestiti mediante tali strumenti, consentendo di riorganizzare e semplificare la

---

<sup>29</sup> Cfr. Quaderni Consip IV 2007 cit. pag. 9

gestione degli approvvigionamenti delle pubbliche amministrazioni e di garantire anche una maggiore trasparenza, concorrenza, economicità e rapidità delle gare.

La vera e più incisiva modernizzazione sta nell'aver colto le predette potenzialità offerte dalle nuove forme di *e-procurement* che il Codice, recependo in modo pressoché completo le direttive comunitarie, ha introdotto nell'ordinamento nazionale con gli strumenti "dell'asta elettronica", con i "sistemi dinamici di acquisizione" e con "gli accordi quadro stipulati da centrali di committenza". Vere e proprie piattaforme di *e-procurement* nelle quali lo strumento elettronico costituisce molto più che un mero mezzo tecnologico di ausilio allo svolgimento delle tradizionali procedure di scelta del contraente e di svolgimento delle pratiche amministrative<sup>30</sup>.

L'*e-procurement* è un elemento portante di un "sistema di *e-governance*" e rappresenta uno dei temi emergenti nel processo di modernizzazione della pubblica amministrazione. L'adozione di tale modello consente di:

- rendere le procedure di approvvigionamento più snelle e di abbreviare i tempi tecnici del loro espletamento. A tal riguardo infatti il Codice prevede (art. 70 commi 8 e 9) una riduzione dei termini temporali di ricezione delle domande di partecipazione e di ricezione delle offerte. In particolare, in base al comma 8 del citato articolo se i bandi sono redatti e trasmessi per via elettronica i termini minimi per la ricezione delle offerte e il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione possono essere ridotti di 7 giorni, mentre, nel caso in cui le stazioni appaltanti offrano per via elettronica (a decorrere dalla pubblicazione del bando) il libero accesso al capitolato d'onori ed ad ogni altro documento complementare, a norma del successivo comma 9, detto tempo minimo può essere ridotto di altri 5 giorni cumulabili con i precedenti;
- razionalizzare le procedure contrattuali ad evidenza pubblica;
- aprire il mercato delle forniture ad una più ampia concorrenza;
- garantire il rispetto della par condicio e dei principi di trasparenza;
- agevolare il monitoraggio della spesa pubblica;
- rafforzare l'innovazione nell'attività e nell'organizzazione delle singole strutture amministrative;
- migliorare l'uso delle risorse umane e strumentali; accrescere l'efficacia dei servizi resi agli utenti;
- rafforzare la capacità competitiva delle piccole e medie imprese;
- ridurre la spesa complessiva della pubblica amministrazione attraverso risparmi diretti e di processo.

L'uso degli strumenti elettronici, insieme agli indubbi vantaggi di cui si è fatto cenno, introducono tuttavia alcuni rischi che possono costituire un ostacolo per il raggiungimento dei vantaggi auspicati, se non addirittura costituire un elemento distorsivo per il mercato stesso. Tali rischi sono costituiti da possibili barriere legali e tecniche.

**Barriere legali** possono sorgere nel commercio e negli appalti transfrontalieri, laddove le direttive comunitarie fossero recepite non puntualmente da tutti gli Stati membri o fossero oggetto di non organiche interpretazioni degli stessi.

**Barriere di tipo tecnologico** possono sorgere con l'utilizzo di strumenti informatici e telematici inadeguati o di standard tra loro incompatibili, tali da creare vere e proprie barriere funzionali e tecniche, sia sul lato della domanda che dell'offerta.

La diversità e l'incompatibilità delle soluzioni tecniche possono rendere impossibile l'accesso dei fornitori ai sistemi degli appalti elettronici o scoraggiare la loro partecipazione, a causa delle difficoltà supplementari e dei maggiori costi. Pertanto i mezzi di comunicazione e gli strumenti usati per gli appalti pubblici elettronici dovranno essere non discriminatori, generalmente disponibili ed interoperabili e non limitare l'accesso agli operatori economici. A tale scopo l'*Action Plan* auspica che la conformità delle procedure per gli appalti elettronici alle indicazioni comunitarie, sia accertata da sistemi volontari di accreditamento<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> Cfr. P. Anelli, "E-procurement e outsourcing nella Pubblica Amministrazione" pubblicato in "Astrid" n. 12 del 2005

<sup>31</sup> Cfr. P. Vallone, Op. cit. pag.14

## 4.2 Attuale vigenza dei modelli di *e-procurement* antecedenti al Codice

Le disposizioni di provenienza comunitaria recepite nel Codice degli appalti in materia di *e-procurement*, trovano in Italia, sul piano normativo, un sistema articolato che, per molti versi, ha anticipato lo stesso ordinamento comunitario e che nel periodo transitorio resta ancora valido per il mantenimento dei procedimenti di cui al D.P.R. n. 101/2002.

In particolare, restano ancora attuali sia le gare telematiche sopra e sotto soglia comunitaria, sia il mercato elettronico, solo sotto soglia comunitaria.

### 4.2.1 La gara telematica

La gara telematica disciplinata dal D.P.R. n. 101/2002, come in precedenza si diceva, dà vita ad un sistema aperto di abilitazione dei fornitori interessati ad essere chiamati a partecipare a future gare indette dalla stessa stazione appaltante, in un arco temporale prestabilito e per le sole categorie di prodotti/servizi per i quali i singoli fornitori si sono abilitati.

Il D.P.R. n. 101/2002 verrà abrogato nel momento in cui la disciplina sarà recepita dal regolamento di attuazione del D.lgs. 163/2006.

La gara telematica sottosoglia, secondo il citato D.P.R. n. 101/2002, resta disciplinata come una procedura autonoma, con le sue regole specifiche e va ad aggiungersi a tutte le altre procedure.

Il D.P.R., nel dettare una disciplina delle fasi che conducono alla formazione degli elenchi (aperti) di fornitori ed alla indizione della gara, non specifica assolutamente le modalità concrete con le quali questa può o deve essere espletata e non dice nulla su come il fornitore debba essere selezionato. In mancanza di decreti attuativi/integrativi, questo lascia molto spazio alle amministrazioni, pur tenute a muoversi nell'alveo della disciplina delle gare "tradizionali".

L'asta elettronica disciplinata dall'art. 85 del codice è concepita, invece, come una articolata modalità procedimentale, con un ben definito strumento di valutazione dell'offerta, pertanto applicabile a quasi tutte le procedure di aggiudicazione. Ovviamente il ricorso all'asta elettronica deve essere indicato nel bando di gara<sup>32</sup>.

### 4.2.2 Il mercato elettronico (art. 11 D.P.R. n. 101/2002)

Un ruolo ancor più rilevante ha assunto il "*market place*" o mercato elettronico della PA (MEPA), "vetrina virtuale" che ha visto l'incremento dell'incontro tra la domanda delle amministrazioni che devono acquistare e l'offerta dei fornitori.

I numeri dimostrano che sul piano pratico l'impatto del meccanismo è stato consistente<sup>33</sup>.

Nel 2007, gli acquisti effettuati sul mercato elettronico sono stati, infatti, pari a 83,6 milioni di euro, con una crescita del 120% rispetto al 2006; le transazioni effettuate sul sistema sono state oltre 28mila. I responsabili acquisti che hanno fatto ricorso allo strumento nel 2007 sono stati 2.750, mentre i fornitori abilitati sul MEPA sono stati quasi 1.200. A disposizione delle amministrazioni c'è un catalogo di 330mila articoli, suddivisi in 16 categorie merceologiche, gli articoli presenti sul MEPA sono oltre 242.000 e le convenzioni attive sono oltre 50<sup>34</sup>.

### 4.2.3 Centrali di committenza

Un altro elemento che appare destinato ad ulteriore sviluppo, nell'ambito dei sistemi di *e-procurement* nella pubblica amministrazione, è certamente rappresentato dalle Centrali di committenza che con la stipula di Accordi quadro realizzano un modello di centralizzazione degli approvvigionamenti pubblici.

Si tratta di un modello di organizzazione preso come modello di riferimento anche dalle amministrazioni regionali (es. di centrali di committenza regionali sono: Intercent-ER in

---

<sup>32</sup> Cfr. A.Galletti, Corso CEIDA "gare telematiche e altre modalità di approvvigionamento on line" novembre 2008

<sup>33</sup> Cfr. E. Del Mastro, "Convenzioni Consip ed aste elettroniche: ipotesi di esternalizzazioni a confronto", in rivista *Trimestrale degli appalti*, 2004, fasc. 4, pagg. 1043-1067

<sup>34</sup> Dati tratti dal sito [www.consip.it](http://www.consip.it)

Emilia Romagna; ASUR Marche; CSI Piemonte, CSC Friuli, ecc.). Prima ancora della direttiva comunitaria il legislatore nazionale, con l'obiettivo primario di contenere la spesa, aveva già previsto una forma di applicazione di centrale di committenza, con l'art. 26 della Legge finanziaria per il 2000 (n. 488/1999). Con tale norma si dava compito (attuato con D.M. 24/02/2000) di affidare alla CONSIP S.p.A. (Concessionaria dei servizi informatici pubblici e controllata dal Ministero dell'Economia) il ruolo di stipulare convenzioni e contratti quadro con imprese scelte tramite procedure ad evidenza pubblica, per l'acquisto di beni e servizi per conto delle amministrazioni statali: le imprese che stipulavano avevano l'obbligo di accettare gli ordinativi a condizioni fissate fino ad un massimo di importo previsto. La Consip, quindi, ha assunto la funzione di amministrazione aggiudicatrice e si configura come un organismo a struttura societaria caratterizzato dal perseguire, sia per statuto che per legge, compiti esclusivamente di natura pubblicistica a favore dello Stato. Sin dal suo esordio, il sistema è stato oggetto di continue modifiche da parte del legislatore, in senso altalenante. Tali modifiche, negli anni, hanno dapprima esteso<sup>35</sup> e poi ridotto<sup>36</sup> il ruolo della Consip.

La Consip, inizialmente, si era principalmente orientata all'organizzazione del *market-place* nazionale, disciplinato dal D.P.R. n. 101/2002 ed alla stipula di convenzioni di rilevanza nazionale. Con l'art. 3 comma 172 della legge n. 350/2003 è stato però assegnato un nuovo ruolo alla Consip, che diventa un ente di consulenza e di supporto per gli Enti locali potendo "*favorire su specifica richiesta supporto e consulenza per esigenze di approvvigionamento di beni e servizi da parte di enti locali o loro consorzi*".

Solo con l'art. 1, commi 449/458, della legge 27 dicembre 2006 n. 296 (legge finanziaria 2007), modificando ancora una volta il sistema degli acquisti tramite le convenzioni quadro stipulate dalla Consip S.p.A., si è delineato l'attuale assetto del modello di centralizzazione degli approvvigionamenti pubblici.

Viene reintrodotta, con il comma 449, l'obbligatorietà per le amministrazioni statali di approvvigionarsi utilizzando le convenzioni quadro, per quelle tipologie di beni e servizi annualmente individuate con decreto del Ministero dell'Economia.

Nell'ambito delle amministrazioni statali maggiore rilevanza, ai fini dello sviluppo dei sistemi di *e-procurement* gestiti mediante Centrale di committenza, rivestono le

---

<sup>35</sup> Con la L. n. 388/2000 (finanziaria 2001), le amministrazioni pubbliche non statali, pur escluse dall'obbligo d'adesione alle convenzioni Consip venivano gravate dal dover motivare le aggiudicazioni a prezzi meno vantaggiosi rispetto a quelli in convenzione; con L. n. 448/2001 (finanziaria 2002), l'obbligo di adesione alle convenzioni stipulate dalla Consip venne esteso a tutti gli Enti finanziati o interamente partecipati dallo Stato; con la L. n. 289/2002 (finanziaria 2003), l'obbligo di acquisto di beni e servizi in convenzione Consip venne esteso a tutti gli Enti pubblici istituzionali, cioè a tutti i soggetti pubblici statali e non statali, con la sola esclusione degli Enti locali per i quali, in caso di acquisto autonomo, sussisteva tuttavia l'obbligo di adottare il prezzo della convenzione vigente quale importo a base d'asta, con sanzioni di nullità dei contratti stipulati in violazione delle disposizioni normative e di responsabilità di danno erariale per il dipendente responsabile.

<sup>36</sup> Con la L. n. 212/2003 di conversione del D.L. 143/2003, fu eliminato l'obbligo di acquisto tramite Consip per tutte le amministrazioni pubbliche, escluse quelle statali per i soli uffici centrali, qualora il valore dei costi e delle prestazioni fosse uguale od inferiore a quello previsto dalle convenzioni Consip; per gli enti locali i prezzi delle convenzioni Consip valevano solo come parametro; fu abrogato l'obbligo di esperire gare al ribasso sugli stessi; con la L. 326/2003 di conversione del D.L. 269/2003, furono abrogati i primi due commi dell'art. 24 della L. 289/2002 e conseguentemente fu eliminata la soglia di applicazione della normativa nazionale di recepimento della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici di forniture; con la L. 350/2003 (finanziaria 2004), venne meno l'obbligo di adesione alle convenzioni Consip, ritenuto troppo restrittivo per l'autonomia delle singole pubbliche amministrazioni, con la previsione di una generalizzata facoltà di adesione alle convenzioni Consip. Tuttavia con la L. n. 266/2005 (finanziaria 2006), fu parzialmente reintrodotta l'obbligo di adesione per le amministrazioni dello Stato che nel secondo bimestre del 2006 avessero presentato un andamento della spesa tale da pregiudicare il raggiungimento degli obiettivi indicati nel patto di stabilità e crescita presentato in sede comunitaria.

disposizioni recate dai commi 450, 452 e 454 del citato art. 1 della legge finanziaria per l'anno 2007. Tali disposizioni integrano e potenziano le previsioni normative in materia di Accordi quadro stipulati da Centrali di committenza di cui all'art. 33 del Codice.

Viene infatti introdotto, con il comma 450, l'obbligo per le amministrazioni statali -centrali e periferiche- di fare ricorso, a far data dal 1 luglio 2007, al Mercato elettronico della pubblica amministrazione di cui all'art. 11 comma 5 del già citato D.P.R. n. 101/2002, obbligo dal quale il legislatore ha comunque escluso gli istituti e le scuole di ogni ordine e grado, le istituzioni educative e quelle universitarie.

Fondamentale ed ulteriore slancio all'utilizzo degli strumenti informatici e telematici, viene dato dal comma 452 che prevede, di norma, il ricorso alla rete telematica, con la stipula del negozio elettronico, per gli acquisti in convenzione Consip, riconoscendo possibile il ricorso ad altre forme di comunicazione solo in via eccezionale, nel caso di temporanea indisponibilità della rete, oppure ove sussistano ragioni di imprevedibile necessità ed urgenza. Per quanto sopra, al fine di garantire un migliore flusso di informazioni relative alla spesa pubblica, il comma 454 prevede la realizzazione di un *"programma per l'adozione di sistemi informativi comuni alle amministrazioni dello Stato"*, mentre il comma 451, per consentire l'automazione dell'attività di controllo e di rendicontazione della spesa, introduce la sperimentazione della "carta di acquisto elettronica", definita nel lessico internazionale: *procurement card* (peraltro l'uso della carta di credito da parte di dirigenti e funzionari era stata ammessa in via di eccezionalità in casi particolari *"qualora non sia possibile o conveniente ricorrere alle procedure ordinarie, tra cui l'ipotesi di acquisto di beni"*, legge 549/95 art. 46).

In realtà quest'ultima disposizione non ha avuto una reale applicazione generalizzata per le insuperabili contrarietà degli uffici centrali di bilancio dei Ministeri, timorosi forse di perdere il loro ruolo centrale nel controllo della spesa.

Infine occorre accennare alle previsioni di sviluppo di un sistema "a rete" delle Centrali di committenza, favorito dai commi 455 e 457 della suddetta legge finanziaria, nel sistema nazionale delle Centrali di Acquisto Regionali che si pongono in rapporto di specie a genere con le Centrali di committenza formalmente riconosciute dal Codice dei contratti pubblici. Infatti, *"ai fini del contenimento e della razionalizzazione della spesa per l'acquisto di beni e servizi"*, il comma 455 prevede che *"le regioni possono costituire Centrali di acquisto anche unitamente ad altre regioni, che operano quali Centrali di committenza ai sensi dell'articolo 33 del Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture ... (omissis) ... in favore delle amministrazioni ed enti regionali, degli enti locali, degli enti del Servizio sanitario nazionale e delle altre pubbliche amministrazioni aventi sede nel medesimo territorio"*.

Come nota a margine occorre rilevare che l'inserimento, tra i destinatari del sistema regionale di acquisto centralizzato, delle *"altre pubbliche amministrazioni aventi sede nel medesimo territorio"* pone un problema di coordinamento con l'obbligatorietà per le amministrazioni dello Stato del ricorso alle convenzioni Consip, anche se, a norma del comma 457, viene previsto che *"le centrali regionali e la Consip S.p.A costituiscono un sistema a rete, perseguendo l'armonizzazione dei piani di razionalizzazione della spesa e realizzando sinergie nell'utilizzo degli strumenti informatici per l'acquisto di beni e servizi"*.

In realtà l'unico impatto novativo di tale norma era quello di consentire alle dipendenze periferiche dei Ministeri di avvalersi delle piattaforme regionali per beni non compresi in quelle Consip.

### 4.3 Le aste elettroniche

Il codice dei contratti pubblici, agli artt. 3, comma 15 ed 85, riprende la disciplina dettata dalle direttive comunitarie in materia di aste elettroniche e detta una disciplina specifica e dettagliata dell'asta elettronica, recependo gran parte della normativa già conosciuta. Viene attuato così quel processo di modernizzazione del settore degli appalti pubblici che nell'ordinamento italiano era già iniziato con l'adozione del regolamento approvato con il D.P.R. 4 aprile 2002, n. 101.

Con la direttiva 2004/18/CE viene dato espresso e definitivo riconoscimento, da parte dell'ordinamento comunitario, alle nuove tecnologie, non solo quale strumento di comunicazione tra stazione appaltante ed operatori economici, ma anche come vero e proprio sistema di aggiudicazione degli appalti pubblici, alternativo a quelli tradizionali. Il legislatore comunitario nel considerando n. 12 della direttiva 2004/18/CE afferma che *"alcune nuove tecniche di acquisto elettronico sono in costante sviluppo. Tali tecniche consentono un aumento della concorrenza e dell'efficacia della commessa pubblica, in particolare grazie al risparmio di tempo e di danaro derivante dal loro utilizzo. Le amministrazioni aggiudicatrici possono far uso delle tecniche di acquisto elettronico, purché il loro utilizzo avvenga nel rispetto delle norme stabilite dalla presente direttiva e dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza. In tale misura, la presentazione di un'offerta da parte di un offerente, in particolare in caso di rilancio del confronto competitivo per l'applicazione di un accordo quadro o di attuazione di un sistema dinamico di acquisizione, può assumere la forma del catalogo elettronico di detto offerente, a condizione che quest'ultimo utilizzi i mezzi di comunicazione scelti dall'amministrazione aggiudicatrice, conformemente all'Articolo 42"*. Chiaro quindi l'intento di favorire il ricorso, da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, ai mezzi di comunicazione elettronici, nonché l'utilizzo di strumenti informatici e telematici nell'ambito delle tradizionali procedure di gara; inoltre, nell'intento di incentivare l'*e-procurement* pubblico, ritenuto strumento utile per il controllo della spesa e per lo snellimento procedurale delle gare d'appalto, la direttiva, fissa regole specifiche per l'istituzione e il funzionamento di sistemi di acquisto interamente elettronici "sistemi dinamici di acquisto" ovvero di processi elettronici di valutazione delle offerte "aste elettroniche", in considerazione del sempre più ampio utilizzo degli stessi all'interno dei paesi membri.

Nel considerando 14 della direttiva 2004/18 si legge che *"poiché l'uso delle tecniche delle aste elettroniche è destinato a diffondersi, occorre introdurre una definizione comunitaria di dette aste e regolamentarle mediante norme specifiche per garantire che si svolgano nel pieno rispetto dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza. A tal fine, occorre prevedere che le aste elettroniche riguardino soltanto appalti di lavori, forniture e servizi le cui specifiche possano essere definite in modo preciso. Ciò può avvenire in particolare nel caso di appalti di forniture, lavori e servizi che si ripetono nel tempo"*.

L'art. 54 della Direttiva 2004/18/CE e l'art. 85 del Codice dei Contratti Pubblici stabiliscono che nelle procedure aperte, ristrette o negoziate con pubblicazione del bando, le Stazioni Appaltanti, nel prevedere che l'aggiudicazione dell'appalto avvenga attraverso un'asta elettronica, al comma 15 dell'art 3 del codice, connotano la fattispecie come un procedimento *"per fasi successive basato su un dispositivo elettronico di presentazione di nuovi prezzi, modificati al ribasso, e/o di nuovi valori riguardanti taluni elementi delle offerte, che interviene dopo una prima valutazione completa delle offerte, permettendo che la loro classificazione possa essere effettuata sulla base di un trattamento automatico"*.

Tuttavia esso è praticabile solo qualora le caratteristiche tecniche dell'appalto possano essere espresse in maniera precisa e la valutazione delle offerte sia effettuabile automaticamente, da un mezzo elettronico, sulla base di elementi perfettamente misurabili.

L'asta elettronica, si ribadisce, quindi, non è una nuova procedura di gara ma è uno strumento di negoziazione che consente una classificazione automatica delle offerte. Essa si inserisce all'interno delle usuali procedure di aggiudicazione e costituisce un sistema di

negoziante delle offerte che precede l'aggiudicazione dell'appalto (l'art. 85 del Codice che disciplina il "Ricorso alle aste elettroniche" è infatti inserito nella Parte II, Titoli I, Sezione V, ove sono forniti i "Criteri di selezione delle offerte e verifica delle offerte anormalmente basse"). Ciò significa che la classificazione delle offerte e la relativa aggiudicazione a quella migliore non sarà effettuata da una commissione, ma da un sistema completamente automatizzato. Questo non avviene invece per le gare telematiche, procedure nelle quali la selezione dei concorrenti avviene con trasmissione di tipo elettronico, così come la presentazione dell'offerta e la richiesta di invito, ma l'aggiudicazione viene sempre effettuata da una commissione o da un seggio di gara, seppure con l'ausilio degli strumenti informatici.

Ricapitolando, quindi, i capisaldi del sistema dell'asta elettronica sono:

- la velocità di esecuzione;
- l'assenza della commissione (una commissione di controllo può anche esserci, se serve, prima della fase dei rilanci e dopo);

È assolutamente necessario, tuttavia, che tutti gli elementi dell'appalto siano valutabili in modo automatico: i criteri di aggiudicazione possono anche prevedere elementi discrezionali, ma tale discrezionalità deve essere esercitata solo al momento della definizione delle specifiche tecniche, qualitative o quantitative dei beni tra un massimo ed un minimo. È infatti indispensabile che i rilanci avvengano su elementi quantificabili, in quanto in caso contrario il sistema non potrebbe proprio funzionare.

La prima sperimentazione è stata fatta effettuando generalmente le aste elettroniche al prezzo più basso, soprattutto per acquistare materiali di consumo, mentre, in realtà, l'asta elettronica appare uno strumento forse insostituibile, proprio per utilizzare al meglio il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Infatti, se la gara risulta molto complessa, con un elevato numero di elementi tecnici da valutare, tale strumento consente di inserire tra i coefficienti da utilizzare tutti i necessari parametri di valutazione.

In tale caso, mentre con il sistema tradizionale si impegna la commissione in una faticante e molto complicata valutazione di ogni singolo elemento, con un sistema di asta elettronica tutto avviene invece automaticamente, ogni singolo fornitore inserisce autonomamente il dato riguardante il bene offerto ed i singoli pezzi di cui è composto, il sistema legge i dati e li elabora automaticamente attribuendo i punteggi singolarmente spettanti.

L'asta viene, così, aggiudicata in poco tempo, normalmente con quattro rilanci in un'ora.

I dati che deve inserire il fornitore devono però essere necessariamente ancorati ad un "giudizio di risultato" e, pertanto, oggettivi; nelle aste elettroniche, quindi, gli elementi di un'offerta non possono essere valutati con "giudizi di valore", cioè con giudizi ancorati a parametri soggettivi che, in quanto tali, non sono esattamente quantificabili a priori ed automaticamente (es. estetica dei beni, funzionalità complessiva del sistema, ecc.).

Per poter fare un'asta elettronica è, invece, sempre necessario che le specifiche tecniche siano ancorate ad elementi esattamente predefinitivi in termini matematici o percentuali.

L'asta elettronica può essere utilizzata in tutti gli appalti, ad eccezione di quelli per servizi e lavori che abbiano ad oggetto prestazioni intellettuali, come la progettazione<sup>37</sup>.

Per poter ricorrere all'asta elettronica è necessaria un'indicazione espressa in proposito nel bando di gara, all'interno del quale si deve fare puntuale ed ineluttabile riferimento agli elementi dell'offerta che saranno oggetto di rilancio nel corso della stessa.

Negli auspici della Commissione Europea l'utilizzo delle aste elettroniche, nel 2013, dovrebbe diventare il modo ordinario di aggiudicazione. In futuro solo condizioni speciali dovrebbero consentire l'esperimento di gara "in cartaceo" e ciò perché con l'asta elettronica si riducono i tempi ed aumenta la conoscibilità e con essa la trasparenza delle procedure.

---

<sup>37</sup> Si veda l'art. 3, comma, 15 del Codice di Contratti

In sostanza nel futuro dovrebbe scomparire la distinzione con i cosiddetti "appalti con comunicazioni elettroniche", nei quali l'invio delle offerte e tutte le altre comunicazioni, arrivano per mezzo di strumenti di trasmissione informatici ed ai quali si applica la norma transitoria del codice di cui all'art. 253 comma 12, la quale precisa che: *"per un periodo transitorio di tre anni dalla data di entrata in vigore del presente codice, le stazioni appaltanti non richiedono agli operatori economici l'utilizzo degli strumenti elettronici quale mezzo esclusivo di comunicazione, salvo nel caso di ricorso all'asta elettronica e di procedura di gara interamente gestita con sistemi telematici."*

Tale disposizione è stata introdotta onde non penalizzare le zone periferiche del paese, cosiddette "a fallimento di mercato", dove cioè non è ancora presente l'ADSL a banda larga e, pertanto, non si possono obbligare i concorrenti ad usare gli strumenti telematici, mentre con "le aste elettroniche" in senso stretto tale divieto non opera in quanto il sistema di aggiudicazione è unico e chi partecipa alla gara non ha alternative.

## CAPITOLO II

### Lo svolgimento di un'asta elettronica

#### 1. L'ambito di applicazione delle aste elettroniche le sue modalità ed i suoi limiti

##### 1.1 Presupposti e condizioni specifiche per il ricorso alle aste elettroniche

L'art 85, comma 3, come abbiamo visto, prevede che le aste elettroniche possano essere utilizzate solo quando è possibile fissare le specifiche dell'appalto in maniera precisa e quando la valutazione delle offerte rispondenti alle specifiche definite nel bando di gara possa essere effettuata, automaticamente, da un mezzo elettronico. Nel medesimo comma, viene precisato, inoltre, che non si può ricorrere alle aste elettroniche abusivamente o in modo tale da impedire, limitare o distorcere la concorrenza e che l'esperimento dei rilanci non deve risolversi in una modifica sostanziale dell'oggetto dell'appalto, così come definito dal bando e dagli altri atti di gara.

Come in precedenza più volte affermato, l'asta elettronica non rappresenta, quindi, una nuova procedura di gara, che si va ad aggiungere alle procedure aperte, ristrette e negoziate, ma è uno strumento che permette una classificazione automatica delle offerte nell'ambito di un sistema di gara.

Tale assunto si ricava dalla previsione contenuta nel comma 2 del citato art. 85, in cui si afferma che l'asta elettronica può essere utilizzata nelle procedure aperte, ristrette o negoziate con pubblicazione del bando, in occasione del rilancio del confronto competitivo tra le parti di un accordo quadro e nell'ambito di un sistema dinamico di acquisizione.

#### 2. La procedura

Le aste elettroniche sono procedimenti iterativi che richiedono un'apparecchiatura elettronica, che permetta agli offerenti di presentare prezzi nuovi e/o valori nuovi per alcuni o per tutti gli elementi delle loro offerte.

In primo luogo, appare rilevante che il comma 5 del citato art. 85 contenga una disposizione dettata a garanzia dell'uguaglianza tra i partecipanti e della trasparenza dell'azione della pubblica amministrazione. Infatti, *"il ricorso ad un'asta elettronica per l'aggiudicazione dell'appalto deve essere espressamente indicato nel bando di gara"*.

Le aste elettroniche sono necessariamente sempre precedute da una prima completa valutazione delle offerte ricevute. Più precisamente, nell'ipotesi in cui la pubblica amministrazione appaltante abbia fatto ricorso a tale strumento, la classificazione

delle offerte e la relativa aggiudicazione a quella migliore viene effettuata da un sistema interamente automatico.

Come evidenziato dalla relazione all'art. 85, effettuata dalla commissione deputata all'elaborazione del codice, la circostanza che il *corpus* normativo, al pari di quanto stabilito dal legislatore comunitario, preveda la disciplina delle aste elettroniche nella parte relativa all'aggiudicazione dell'appalto e non in quella relativa alle procedure di gara, è indicativa del fatto che tale strumento non si configura come una procedura a sé stante, ma come una fase di negoziazione telematica che può precedere l'aggiudicazione dell'appalto.

Considerata, però, proprio la particolare struttura e il funzionamento, il sistema dell'asta elettronica risulta incompatibile con alcuni appalti di servizi e di lavori che hanno a oggetto delle prestazioni intellettuali, in cui non è possibile una valutazione oggettiva delle offerte, come, ad esempio, la progettazione di lavori, ciò in quanto le competenze e le valutazioni tecniche non possono essere trasformate in algoritmi matematici. Il ricorso all'asta elettronica consente all'amministrazione di effettuare una gara in cui tutte le offerte vengono presentate e valutate su supporto elettronico.

A tale logica risponde, del resto, la previsione contenuta nel comma 1 dell'art. 289 del Regolamento attuativo del Codice<sup>38</sup>, ove si precisa che *"l'asta elettronica è svolta attraverso un sistema informatico di negoziazione costituito da soluzioni e da strumenti elettronici e telematici che consentono la presentazione delle offerte la classificazione delle stesse secondo metodologie e criteri predefiniti, realizzato in conformità dell'articolo 77 del codice e con modalità e soluzioni tali che impediscono di operare variazioni su documenti, sulle registrazioni di sistema e sulle altre rappresentazioni informatiche e telematiche degli atti e delle operazioni compiute nell'ambito delle procedure"*.

Il ricorso alle aste elettroniche risulta compatibile sia con il criterio del prezzo più basso che con quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, come, tra l'altro, si desume dall'art. 85 del Codice, sia nel suo complesso, sia, in particolare, alla luce del comma 8.

Il comma 4 dell'art. 85 dispone che l'asta elettronica abbia ad oggetto:

- a) esclusivamente i prezzi, nel caso in cui l'appalto viene aggiudicato al prezzo più basso;
- b) tutti i valori degli elementi dell'offerta indicati come variabili negli atti gara, nel caso in cui l'appalto venga aggiudicato all'offerta economicamente più vantaggiosa.

In ogni caso il ricorso al meccanismo dell'asta elettronica non è mai obbligatorio, per come chiaramente si desume dalla formulazione letterale dei commi 1 e 2 dell'art. 85 del Codice, che rimettono alla stazione appaltante la decisione di ricorrere alle aste elettroniche e di valutare se ricorrano le condizioni fissate dal comma 3 dello stesso articolo. Peraltro, anche il D.P.R. n. 101 del 2002 rimetteva alla discrezionalità delle stazioni appaltanti la scelta di utilizzare o meno le gare telematiche, prescrivendo che l'eventuale utilizzo di siffatti mezzi di svolgimento delle procedure ad evidenza pubblica dovesse essere disposto con provvedimento motivato.

In tutte le ipotesi in cui una stazione appaltante decide di fare ricorso, per l'aggiudicazione di un appalto, allo strumento dell'asta elettronica, la gara è sempre strutturata in due fasi.

Come già rilevato e come evidenziato dalla dottrina<sup>39</sup>, nel secondo periodo del comma 3 dell'art. 85 è stata riportata una norma di chiusura di notevole importanza (già contenuta nelle direttive comunitarie), in cui si prevede espressamente che *"le*

---

<sup>38</sup> Tutti i richiami al Regolamento attuativo del codice si devono intendere riferiti allo schema di Regolamento, approvato una prima volta dal Consiglio dei Ministri nel dicembre 2007, ma non ammesso alla registrazione da parte della Corte dei Conti, approvato nuovamente nel novembre 2008, sulla base del parere del Consiglio di Stato, delle osservazioni della Corte dei Conti e delle disposizioni introdotte dal terzo decreto correttivo del codice. Attualmente lo schema è stato inviato al Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici ed ai Ministeri interessati per il previsto parere.

<sup>39</sup> Cfr. D. Spinelli, F. Betulla, M.A. Portaluri e F. Colagiacomini, *Guida alle nuove direttive appalti*, Milano Il Sole 24 Ore, 2005, 161-172

*stazioni appaltanti non possono ricorrere alle aste elettroniche abusivamente o in modo tale da impedire, limitare o distorcere la concorrenza o comunque in modo da modificare l'oggetto dell'appalto, come definito dal bando e dagli altri atti di gara".*

La previsione normativa tende a evitare un utilizzo indiscriminato del sistema di riclassificazione automatica, il quale, se non usato correttamente, potrebbe ribaltare i risultati di gara o portare a ribassi tali da non garantire la qualità dell'offerta.

Peraltro, l'art. 85, comma 13, del codice contempla l'ipotesi in cui le stazioni appaltanti, quando le specifiche dell'appalto possono essere fissate in maniera precisa e la valutazione delle offerte sia effettuabile da un mezzo elettronico, possono stabilire di fare ricorso a procedure di gara interamente gestite da sistemi telematici, non solo nella fase di aggiudicazione (come nelle aste elettroniche) ma in tutte le fasi. L'ipotesi non si discosta dalle gare telematiche previste dal citato D.P.R. n. 101/2002 e le procedure di gara devono essere disciplinate dal regolamento di esecuzione di cui all'art. 5 del codice dei contratti pubblici.

Il D.P.R. n. 101/2002 continua ad avere vigore almeno sino all'emanazione del regolamento di esecuzione del codice (previsto dall'art. 5 dello stesso), al quale il codice stesso (all'art. 256, comma 4) demanda l'elencazione delle eventuali disposizioni abrogate nell'ambito della normativa previgente, tra cui è compreso il citato D.P.R.

L'art. 253, comma. 14 del codice prevede che, *"In relazione all'articolo 85, comma 13, fino all'entrata in vigore del regolamento si applicano le disposizioni di cui al D.P.R. 4 aprile 2002, n. 101, nei limiti di compatibilità con il presente codice"*. Ciò vuole dire che, nelle ipotesi in cui le stazioni appaltanti stabiliscono di ricorrere a procedure di gara interamente gestite con sistemi telematici, continuano ad applicarsi le disposizioni di cui al D.P.R. 4 aprile 2002, n. 101, sino all'entrata in vigore del regolamento di esecuzione e nei limiti di compatibilità con il codice<sup>40</sup>.

## **2.1 Prima fase di gara: pubblicazione del bando di gara e del capitolato**

La prima fase (che peraltro può anche essere svolta in modo "tradizionale") inizia con la pubblicazione, anche sul sito Internet, del bando di gara ed del capitolato d'onori nei quali, secondo le regole generali, si definiscono la tipologia di gara scelta dalla stazione appaltante (aperta, ristretta o negoziata), il termine per presentare la domanda di partecipazione e/o l'offerta e le altre informazioni sulle modalità di svolgimento dell'asta di cui sopra. Tale fase iniziale termina con la valutazione preliminare delle offerte indicative al fine della valutazione della loro ammissibilità sul piano tecnico-qualitativo.

Con la pubblicazione del bando di gara e del capitolato d'onori, gli operatori economici potranno conoscere, innanzitutto la natura della procedura prescelta dalla stazione appaltante e se l'aggiudicazione avverrà mediante asta elettronica (comma 5), in quanto la scelta dell'amministrazione di ricorrere alla tecnica dell'asta elettronica deve essere necessariamente manifestata nel bando di gara.

Dall'esame complessivo della disciplina codicistica emerge il chiaro intento del legislatore di garantire, al fine di attuare pienamente il principio di concorrenza, la massima trasparenza e pubblicità delle modalità che la stazione appaltante seguirà nell'aggiudicazione dell'appalto, al fine di favorire la partecipazione alla gara, mettendo a disposizione dei partecipanti tutte le informazioni riguardanti la procedura utili a consentire di calibrare nel migliore dei modi la propria offerta e di avere contezza di come si svolgerà la gara. Del resto, l'asta elettronica può costituire un valido ed efficace strumento per stimolare, attraverso la negoziazione telematica, un'ulteriore fase competitiva all'interno delle procedure d'appalto (mediante il sistema dei rilanci al ribasso), purché ciò avvenga nel rispetto dei principi comunitari in materia di concorrenza, di parità di trattamento, di trasparenza delle operazioni, sicurezza e riservatezza delle

---

<sup>40</sup> Cfr. M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli, *le Procedure di Affidamento e l'Aggiudicazione* - Milano Dott. Giuffrè Editore

comunicazioni.

Proprio a tal fine, il comma 6 dell'art. 85 dispone che il bando (o in alternativa, il capitolato) debba contenere una serie di informazioni relative agli elementi oggetto di valutazione nel corso dell'asta, al fine di consentire agli operatori economici una consapevole partecipazione alla gara.

Si tratta di tutta una serie determinata degli elementi, che riguardano lo svolgimento della procedura e sono necessari ai fini di mettere qualsiasi operatore economico nella condizione di potere partecipare alla stessa e di eliminare qualsiasi tipo di barriera discriminatoria rappresentata dal possesso o meno delle capacità di utilizzo dello strumento telematico.

Devono in particolare essere precisati:

- gli elementi dell'offerta i cui valori sono oggetto di valutazione automatica nel corso dell'asta;
- i limiti minimi e massimi di oscillazione dei predetti valori degli elementi dell'offerta specifici dell'appalto;
- le informazioni riguardanti i singoli momenti di svolgimento dell'asta, che saranno messe a disposizione degli offerenti nel corso della procedura e il momento in cui queste verranno messe a disposizione;
- i dettagli tecnici riguardanti il dispositivo elettronico utilizzato ed in particolare le modalità e le specifiche di collegamento;
- le condizioni alle quali gli offerenti possono effettuare rilanci e gli scarti minimi eventualmente richiesti per il rilancio<sup>41</sup>.

L'elencazione contenuta nel comma 6 dell'art. 85 non è comunque esaustiva: oltre alle indicazioni previste specificamente per le aste elettroniche, il bando di gara dovrà necessariamente contenere tutte quelle altre indicazioni previste dal Codice in relazione alla procedura prescelta dalla stazione appaltante, alle gare in questione devono applicarsi tutte le prescrizioni previste per il tipo di gara che si vuole indire, oltre alle specifiche regole dettate per le aste elettroniche.

Al riguardo, il comma 7 dell'art. 85 dispone che, prima di procedere all'invio degli inviti, la stazione appaltante deve effettuare una valutazione che deve essere "completa" delle offerte pervenute, secondo le modalità previste dal bando. Tale operazione di tipo valutativo è, inoltre, necessaria alla stazione appaltante per verificare il possesso dei requisiti previsti dal bando in capo ai singoli partecipanti: in realtà, non essendo prevista un'autonoma fase di abilitazione (di contro, contemplata dall'art. 9, D.P.R. n. 101/2002), la verifica dei requisiti soggettivi di partecipazione non può che essere svolta in tale momento, in quanto anche in tali casi compete alla stazione appaltante verificare se gli operatori economici interessati alla gara possiedano i requisiti soggettivi di partecipazione alla procedura.

Quanto ai contenuti della preventiva valutazione delle offerte, ai sensi del comma 7, la verifica "completa" del contenuto oggettivo delle offerte non esclude la possibilità di presentare le offerte in busta chiusa. Le stazioni appaltanti hanno la facoltà di prescrivere che tutti gli atti della procedura (ivi compresi i documenti componenti la proposta contrattuale) siano inviati in forma elettronica (ai sensi degli artt. 73, 74 e 77 del Codice), quindi non vi è motivo di escludere la possibilità di indire gare in cui le offerte siano presentate in "busta chiusa informatica". In tal caso, ovviamente, è indispensabile che siano predisposti i mezzi tecnici necessari a garantire la segretezza dell'offerta, sino al momento dello svolgimento della gara, così come richiesto dall'art. 77, comma 3, del Codice, dall'art. 42, comma 3, della direttiva 2004/18/CE e dall'art. 48, comma 3, della direttiva 2004/17 /CE.

Dovendo tale prima valutazione delle offerte essere «completa» (artt. 85, comma 7, e 3, comma 15, del Codice) è, inoltre, da ritenere possibile che la stazione appaltante compia una vera e propria analisi delle offerte presentate e, qualora lo ritenga opportuno, provveda alla redazione di una classifica provvisoria. Difatti, se la valutazione deve essere

---

<sup>41</sup> Cfr. M. A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli, *le Procedure di Affidamento e l'Aggiudicazione* Milano Dott. A. Giuffrè Editore

completa e svolta alla stregua dei criteri valutativi dettati nel bando, la stessa non può che riguardare tutti i valori dell'offerta presentata e non solamente i requisiti di ammissibilità alla procedura.

## 2.2 Seconda fase di gara: l'ammissione alla gara e l'aggiudicazione

La seconda fase, che non può che svolgersi in forma elettronica, si apre con l'invito, per via elettronica, di tutti gli operatori economici che hanno presentato offerte valutate ammissibili, a partecipare all'asta presentando nuovi prezzi e/o nuovi valori. In pratica, esaurita tale operazione valutativa, la stazione appaltante, provvede così come espressamente previsto dall'art. 291 del Regolamento attuativo del Codice:

- a) alla registrazione del responsabile del procedimento della stazione appaltante, ovvero del soggetto che presiede alla gara e all'attribuzione allo stesso di un codice identificativo attraverso l'attribuzione di *user ID* e *password* e di eventuali altri codici individuali richiesti per operare all'interno del sistema informatico;
- b) alla registrazione di tutti i soggetti che hanno presentato offerte ammissibili ed all'attribuzione agli stessi di un codice identificativo attraverso l'attribuzione di *user ID* e *password* e di eventuali altri codici individuali richiesti per operare all'interno del sistema informatico;
- c) ad invitare i concorrenti ammessi a visualizzare le informazioni necessarie al collegamento individuale al dispositivo elettronico utilizzato;
- d) ad invitare simultaneamente (cfr. comma 7 dell'art 85), per via elettronica, i concorrenti ammessi a presentare nuovi prezzi o nuovi valori, rispetto all'offerta dagli stessi presentata precedentemente, in ordine agli elementi e secondo le modalità e condizioni indicati nel bando o nel capitolato;
- e) a fornire supporto ai concorrenti durante l'asta elettronica.

L'invito deve necessariamente contenere:

- la chiave elettronica di accesso al sito, necessaria al collegamento individuale al dispositivo elettronico utilizzato;
- la data e l'ora di inizio dell'asta e, qualora ricorra l'ipotesi di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il risultato della valutazione completa dell'offerta dell'operatore economico;
- la formula matematica che determina le riclassificazioni automatiche in funzione dei nuovi prezzi o dei nuovi valori;

L'indicazione della formula matematica è necessaria perché, mentre la riclassificazione nelle ipotesi di aggiudicazione con il prezzo più basso è automatica, ben diversa è l'ipotesi in cui il criterio di aggiudicazione sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. In questo caso, occorre tradurre in dati certi e univoci determinati valori, che per loro natura non hanno una valenza univoca, ma possono assumerne diverse a seconda di come sono in relazione fra loro e di come sono stati combinati dall'operatore economico.

L'asta può svolgersi in più fasi e viene dichiarata chiusa: allo scadere dell'ora fissata, se nell'invito è stata inserita la data di inizio e di fine della gara; oppure nel caso in cui le stazioni appaltanti non ricevano più nuove offerte che rispondano alle esigenze degli scarti minimi; oppure quando sono state espletate tutte le fasi di cui si compone.

La data e l'ora di chiusura dell'asta, in ragione della prescrizione del comma 10 dell'art. 85, devono essere preventivamente fissate e, dunque, comunicate. A tale conclusione, peraltro, conduce anche il disposto di cui al comma 2 dell'art. 292 del Regolamento attuativo del Codice, ove è stabilito che l'invito all'asta indica la durata massima dell'asta elettronica (oltreché al c.d. tempo base, ossia quel periodo di tempo a partire dal recepimento dell'ultima offerta migliorativa, entro il quale, se non sono effettuate ulteriori offerte migliorative da parte di almeno uno dei partecipanti all'asta, la stessa si ritiene conclusa prima del raggiungimento della durata massima stabilita); nonché il comma 2 dell'art. 288 del Regolamento attuativo, ove si prevede che *"la durata dell'asta, preventivamente fissata nell'invito, non può essere inferiore ad un'ora"*.

Per espressa previsione dettata dall'ultima alinea del comma 7 dell'art. 85, l'asta non può

avere inizio prima che siano trascorsi due giorni lavorativi dall'invio degli inviti, ciò all'evidente scopo di consentire alle imprese di prepararsi alla gara. Dal punto di vista tecnico, l'art. 288, comma 1, del Regolamento prevede che la stazione appaltante ed i concorrenti che hanno presentato offerte ammissibili si dotino, ciascuno per quanto di rispettiva competenza, di dispositivi elettronici idonei al collegamento in rete da utilizzare per lo svolgimento e la partecipazione all'asta elettronica.

### 2.3 I criteri di aggiudicazione

Come precedentemente ricordato il comma 4 dell'art. 85 dispone che l'asta elettronica abbia ad oggetto:

- a) esclusivamente i prezzi, nel caso in cui l'appalto viene aggiudicato al prezzo più basso;
- b) I valori tecnico-qualitativi ed economici dell'offerta indicati negli atti gara, nel caso in cui l'appalto venga aggiudicato all'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il criterio del "prezzo più basso" viene in genere prescelto per quelle forniture o servizi caratterizzati dalla stretta standardizzazione dei beni e dalla sostanziale analogia sul piano merceologico o funzionale dei diversi prodotti identificati dai capitolati o disciplinari tecnici. Solo in tale caso è possibile una formulazione delle offerte con la sola indicazione del prezzo unitario, o complessivo, o con offerta prezzi.

Trattasi normalmente di forniture o servizi aventi identiche caratteristiche, in cui la valutazione dell'elemento qualitativo apparirebbe superfluo.

Con tale criterio, come chiaramente si evince dal tenore letterale della norma, l'Amministrazione nella ponderazione dell'offerta è tenuta a valutare la migliore offerta esclusivamente in termini di mero valore economico, con la conseguenza che l'appalto dovrà essere aggiudicato al fornitore che ha proposto il prezzo più basso, senza alcuna valutazione in ordine alle caratteristiche del bene o del servizio offerto, in quanto queste sono definite "a priori" negli atti di gara, in sede di ammissione alla gara dell'offerta tecnica.

Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa consente di valutare, invece, sia l'elemento economico e sia gli elementi quali-quantitativi che compongono l'offerta.

Anche qui la normativa lascia libera l'Amministrazione aggiudicatrice di scegliere questo criterio piuttosto che quello del prezzo più basso: la scelta tra i due metodi non si basa pertanto su alcun presupposto legale, ma è rimessa esclusivamente a considerazioni di opportunità, secondo l'insegnamento dell'Unione Europea.

L'adozione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa comporta essenzialmente il problema di stabilire quali siano le componenti dell'offerta da analizzare. L'art. 83 1° comma del codice dei contratti a titolo esemplificativo individua i seguenti criteri di valutazione:

- a) il prezzo;
- b) la qualità;
- c) il pregio tecnico;
- d) le caratteristiche estetiche e funzionali;
- e) le caratteristiche ambientali e il contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera o del prodotto;
- f) il costo di utilizzazione e manutenzione;
- g) la redditività;
- h) il servizio successivo alla vendita;
- i) l'assistenza tecnica;
- l) la data di consegna ovvero il termine di consegna o di esecuzione;
- m) l'impegno in materia di pezzi di ricambio;
- n) la sicurezza di approvvigionamento;
- o) in caso di concessioni, altresì la durata del contratto, le modalità di gestione, il livello e i criteri di aggiornamento delle tariffe da praticare agli utenti.

Al riguardo, è da ritenersi incontestato, sia il riconoscimento della massima discrezionalità dell'Amministrazione nello scegliere uno o più elementi di valutazione nell'ambito di quelli indicati dalla legge, sia la facoltà della stessa di individuare

ulteriori elementi di estimazione, purché ovviamente oggettivi, egualmente applicabili a tutte le offerte e rigidamente correlati all' oggetto dell'appalto.

Nel caso in cui l'aggiudicazione debba avvenire in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'invito è corredato dal risultato della valutazione completa dell'offerta dell'operatore economico interessato, effettuata in modo conforme alla ponderazione di cui all'art. 83, comma 2.

L'indicazione della formula matematica che determina la riclassificazione automatica durante l'asta elettronica in funzione dei nuovi prezzi, deve essere esattamente speculare alla ponderazione di tutti i criteri stabiliti per determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa, quale indicata nel bando o negli atti di gara.

A tal fine le eventuali forcelle dovranno essere precedentemente espresse con un valore predeterminato (comma 8, penultimo periodo).

Laddove, poi, siano ammesse varianti, per ciascuna di esse deve essere fornita una formula matematica separata per la relativa ponderazione (comma 8, ultimo periodo).

#### 2.4 Lo svolgimento dell'asta

In sede di prima interpretazione dell'ultima alinea del comma 7, è stato erroneamente ritenuto che la procedura di gara (senza alcuna specificazione riguardo al tipo di criterio selettivo prescelto) dovesse svolgersi con un "round unico".

Il Codice, invece, non preclude l'ammissibilità di procedure a *round multipli*, sia pure da svolgersi tutti nell'ambito ravvicinato di "una sessione unica", nelle quali la presentazione delle offerte avvenga in più riprese nella medesima sessione, secondo quanto previsto dal quarto paragrafo dell'art. 54 della direttiva 2004/18, che contempla la possibilità che l'asta si svolga in più fasi successive.

Tale interpretazione della disposizione codicistica, è direttamente confermata poi dall'art. 292, comma 5, del Regolamento di attuazione del Codice, che consente alle stazioni appaltanti, nel caso di offerta economicamente più vantaggiosa ovvero di gara suddivisa in più lotti, qualora le caratteristiche della gara lo richiedano in ragione della presenza di un rilevante numero di parametri di offerta e di una conseguente maggiore complessità nella formulazione dell'offerta, di prevedere nel bando *"che la seduta dell'asta elettronica si svolga secondo intervalli temporali successivi in ciascuno dei quali può essere presentata una sola offerta. La durata ed il numero massimo degli intervalli temporali sono definiti secondo le modalità previamente fissate nel bando"*.

Sempre per evidenti ragioni trasparenza e di reale concorrenzialità, è stato precisato che durante lo svolgimento dell'asta (comma 9 dell'art. 85), le stazioni appaltanti debbano comunicare in tempo reale a tutti gli offerenti la propria classificazione, oltreché le informazioni riguardanti l'offerta presentata da altri operatori ed il numero dei partecipanti alla procedura, se previsto negli atti di gara. In nessun caso, comunque, può essere resa nota l'identità degli altri offerenti nel corso dell'intera procedura di gara e fino all'aggiudicazione.

La finalità di tali comunicazioni va individuata nella possibilità per ogni partecipante di valutare meglio l'opportunità di modificare la propria offerta successivamente all'apertura dell'asta, effettuando rilanci mirati (ossia offerte migliorative), per conseguire una migliore riclassificazione automatica delle offerte in funzione dei nuovi prezzi e dei nuovi valori presentati.

L'aspetto cruciale dell'asta elettronica, quindi quello dinamico, si concretizza nella possibilità di rilanci successivi, permettendo ad ogni partecipante di osservare il comportamento dei propri avversari.

L'aspetto dinamico favorirebbe l'apprendimento dell'offerta per l'oggetto, grazie all'osservazione dei comportamenti degli altri offerenti più informati, permettendo una migliore formulazione dell'offerta ai meno informati.

In appalti particolarmente complessi, nei quali l'esecuzione della fornitura tocca aspetti difficili da valutare e i fornitori abbiano diverse stime di tali oneri, l'apprendimento reciproco potrebbe aiutare ogni partecipante ad aggiornare, rilancio dopo rilancio, le sue valutazioni e a fare un'offerta più precisa di quella che altrimenti avrebbe effettuato. Se l'apprendimento non fosse una componente importante del

processo competitivo, sarebbe sufficiente adottare un formato di gara a busta chiusa (cartaceo o elettronico) senza rilanci. In questo modo si eviterebbero gli oneri per realizzare un'asta dinamica.

Certo, l'aumento delle informazioni implica l'aumento del rischio di comunicazione impropria tra concorrenti e di comportamenti collusivi o predatori: ad esempio, in una gara a lotti multipli, osservando le offerte degli altri, i concorrenti potrebbero intuire i nominativi degli altri candidati e inviarsi dei segnali o coordinarsi per ripartirsi i lotti senza farsi troppa concorrenza.

In definitiva, l'asta elettronica si inserisce nel contesto delle aste dinamiche (rappresenta la seconda fase, ad uno o più rilanci, di un processo a due fasi) e, quindi, presuppone che un certo livello di apprendimento in gara sia desiderabile, se non necessario.

Se l'apparecchiatura di ricezione per gestire l'asta è tecnicamente incapace di trattare le offerte ammissibili, l'asta deve essere posticipata e i partecipanti devono essere immediatamente informati. Se l'apparecchiatura di ricezione perde capacità durante l'asta, la gara deve essere annullata e posposta.

In caso di fallimento del sistema, è responsabilità dell'autorità contraente decidere se l'intera asta o solo una delle sue fasi deve essere posticipata ad una data più lontana; solamente se è possibile offrire in tempo informazioni opportune ad ogni partecipante, si può immaginare una dilazione della scadenza o una ripresentazione delle offerte.

La trasmissione sicura dei dati, la riservatezza della comunicazione, l'autenticazione e l'identificazione dei partecipanti così come la rintracciabilità delle comunicazioni e dell'elaborazione/calcolo, devono essere assicurati in maniera appropriata durante tutto l'esperimento.

L'autorità contraente potrebbe, in teoria, richiedere firme elettroniche avanzate per ogni offerta se questo è tecnicamente fattibile; comunque a questo livello, il processo ha luogo in un ambiente chiuso e ciò sembra non essere né richiesto né necessario.

Entrate scorrette o inaccettabili dovrebbero essere registrate, ma non tenute presenti, per ragioni di rintracciabilità e dovrebbero essere fornite ai partecipanti appropriati *feedback*.

Se tutto è stato organizzato correttamente non c'è nessun bisogno di prevedere alcuna comunicazione durante l'asta o durante la presentazione di prezzi/valori.

In nessun caso alcun intervento umano da parte dell'autorità contraente dovrebbe essere permesso durante la gestione dell'asta. In caso di errori, violazioni delle regole o comportamento anormale, la rintracciabilità assicurerà che i fatti possono essere ricostruiti.

## 2.5 La regola di chiusura

La Direttiva 2004/18/CE indicava tre diverse possibili modalità di chiusura dell'asta elettronica:

1. data ed ora preventivamente fissati nell'invito;
2. quando non vengono più effettuati rilanci in linea con gli scarti minimi previsti;
3. quando è raggiunto il numero massimo di fasi previsto.

Il Codice dei Contratti, invece, ha espressamente ripreso soltanto la prima possibilità, ma ciò, in coerenza con il principio della prevalenza del diritto comunitario, non può precludere l'esperimento dei rilanci e delle fasi. Tuttavia il meccanismo di chiusura collegato alla possibilità di rilanci multipli con una sola scadenza, non pare un modulo ideale perché tale modalità di chiusura finisce per presentare analogie con il meccanismo d'asta utilizzato da *eBay*, la più grande piattaforma di aste *on-line* del mondo. Proprio perché un'asta dinamica permette ai partecipanti di apprendere dagli altri concorrenti, è normale che ognuno di loro, ed in particolare i concorrenti più informati sul valore del contratto (quelli in possesso di informazioni più precise sul costo delle prestazioni da fornire ad una PA), cerchino di non "scoprire le proprie carte" a vantaggio degli "avversari", diminuendo solo marginalmente la propria offerta agli ultimi minuti a ridosso della chiusura. In tali casi, nei momenti finali, si sviluppa un'autentica competizione, che però è troppo rapida per permettere effettivo apprendimento e adattamento delle offerte da parte dei partecipanti meno informati. I

partecipanti tenderanno a presentare un'offerta "seria" solo nei minuti finali, sperando che gli altri non abbiano il tempo di reagire. Questo fenomeno, ampiamente osservato nelle aste *eBay*, è conosciuto come "offerta dell'ultimo minuto" (*last minute bidding*).

La tentazione di nascondere le proprie carte, inficiando quindi il principale beneficio dell'asta dinamica, è invece minore quando la chiusura dell'asta è collegata anche con il raggiungimento di un numero prestabilito di offerte e di round (terza modalità di chiusura stabilita dalla Direttiva). In realtà, anche qui, l'offerta "autentica" è forse presentata solo all'ultimo round, per impedire agli altri partecipanti di reagire dopo averla osservata (i round di un'asta dinamica richiedono che tutti gli offerenti sottomettano la loro offerta simultaneamente) e quindi, in tal caso, il processo d'apprendimento sarebbe nullo, esattamente come quello di un'asta a round unico.

Di conseguenza, tra le regole di chiusura previste dalla Direttiva, quella dell'assenza di ulteriori offerte migliorative, ovvero la modalità per l'assenza di rilanci nel termine, sono più coerenti con lo spirito della aste dinamiche e quindi dell'asta elettronica stessa<sup>42</sup>.

Non a caso, dunque, il Regolamento attuativo del Codice, all'art. 292 comma 2, prevede che l'invito all'asta indichi, oltre alla durata massima dell'asta elettronica, anche il "tempo base", ovvero quel periodo di tempo a partire dal recepimento dell'ultima offerta migliorativa, entro il quale, se non sono effettuate ulteriori offerte migliorative da parte di almeno uno dei partecipanti all'asta, la stessa si ritiene conclusa prima del raggiungimento della durata massima stabilita.

L'asta è così strutturata in modo tale da consentire l'esaurimento "naturale" della competizione prima del termine di chiusura prefissato, impedendo, cioè, ai partecipanti di fare offerte all'ultimo minuto.

Nel caso vengano effettuate delle offerte migliorative entro il tempo base, l'asta continua fino a cinque minuti prima della fine del tempo stabilito dall'invito per la durata massima dell'asta. Raggiunto questo termine, i concorrenti sono avvisati dal sistema della possibilità di effettuare, da quel momento ed entro la durata massima dell'asta, soltanto un eventuale ultimo rilancio.

Per evitare i rischi di vischiosità dei comportamenti e per evidenti esigenze di *par condicio*, il comma 4 dell'art. 292 del Regolamento attuativo del Codice impedisce ai concorrenti, durante la fase dell'ultimo rilancio, di visualizzare la propria posizione in classifica e le offerte degli altri operatori economici, prevedendo che tali informazioni possano essere visualizzate al termine dell'asta.

Alla data e all'ora preventivamente fissate, la stazione appaltante dichiara chiusa l'asta elettronica (art. 85, comma 10), aggiudicando il contratto in funzione dei risultati (art. 85, comma 11).

L'art. 293 del Regolamento attuativo ha specificato che, all'aggiudicazione (provvisoria e definitiva), la stazione appaltante procede previa verifica delle offerte anormalmente basse e tenuto conto delle risultanze della fase di gara antecedente all'asta elettronica, nonché dei verbali prodotti in automatico dal sistema informatico. Nella versione definitiva dello schema di Regolamento, è stato espunto l'ultimo periodo del comma unico dell'art. 293 dello schema di regolamento, ove si disponeva che, in caso di ricorso all'asta elettronica per gli appalti sotto soglia comunitaria, il bando non può prevedere l'esclusione automatica delle offerte anomale. Come rilevato dal Consiglio di Stato nel citato parere del 17 settembre 2007, n. 3267, la norma sarebbe in contrasto con quella primaria dell'art. 124, comma 8, del Codice, che lascia ai bandi la facoltà, negli appalti sotto soglia, di prevedere l'esclusione automatica.

La questione se mantenere o meno in vita l'esclusione automatica delle offerte anomale, negli appalti sotto soglia, va inoltre affrontata in termini generali -e dalle norme primarie- e non per casi singoli e da norme regolamentari. In tale direzione si muove il c.d. terzo

---

<sup>42</sup> Cfr Quaderni Consip, IV 2007 *riflessioni sull'impatto economico degli istituti innovativi del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture* pag. 33

correttivo al Codice,<sup>43</sup> il quale prevede che l'art. 124, comma 8, e l'art. 122, comma 9, del Codice trovino applicazione non più in tutti gli appalti sotto soglia, ma solo in quelli inferiori a € 100.000,00 per le forniture ed € 1.000.000,00 per i lavori.

Con disposizione di chiusura (comma 12), il Codice rinvia alla disciplina regolamentare l'individuazione:

- 1) dei presupposti e condizioni specifiche per il ricorso alle aste elettroniche;
- 2) dei requisiti e modalità tecniche della procedura di asta elettronica;
- 3) delle condizioni e modalità di esercizio del diritto di accesso agli atti della procedura di asta elettronica, nel rispetto dell'art. 13.

### **3 Il responsabile del procedimento e il gestore del sistema informatico**

Come previsto dall'art.10 del codice, per ogni singolo intervento da realizzarsi mediante un contratto pubblico, le amministrazioni aggiudicatrici nominano, ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, un responsabile del procedimento unico per le fasi della progettazione, dell'affidamento e dell'esecuzione.

Il responsabile del procedimento svolge tutti i compiti relativi alle procedure di affidamento previste dal codice e cura il corretto e razionale svolgimento delle procedure.

La figura del responsabile del procedimento va tenuta ben distinta dalla figura del gestore del sistema informatico.

E' evidente che uno dei rischi maggiori legati al ricorso allo strumento elettronico è che lo stesso diventi un modo, se non correttamente utilizzato, per eludere i principi fondamentali di trasparenza delle procedure e di segretezza dell'offerta. Per scongiurare tale rischio, quindi, nel Regolamento attuativo del Codice (art. 290) e precedentemente nel D.P.R. n. 101/2002 (art. 7), è prevista la figura del gestore del sistema informatico del quale la stazione appaltante può avvalersi per la gestione tecnica dei sistemi informatici di negoziazione, in modo tale da controllare i principali parametri del sistema stesso.

Per sistema informatico di negoziazione, ai sensi dell'art. 302, si intende *"un sistema informatico costituito da soluzioni e strumenti elettronici e telematici che consentono la presentazione delle offerte e la classificazione delle stesse secondo metodologie e criteri predefiniti, realizzato in conformità all'art. 77 del Codice e con modalità e soluzioni che impediscono di operare variazioni sui documenti, sulle registrazioni di sistema e sulle altre rappresentazioni informatiche e telematiche degli atti e delle operazioni compiute nell'ambito delle procedure"*.

Nello specifico, quindi, il gestore del sistema informatico è incaricato, dalla stazione appaltante, dei servizi di conduzione tecnica e delle applicazioni informatiche necessarie al funzionamento delle procedure telematiche, assumendone la relativa responsabilità.

Il gestore del sistema informatico assume il ruolo di responsabile del trattamento dei dati e, su richiesta della stazione appaltante, cura gli adempimenti di competenza della medesima amministrazione, in ordine alla operatività dei processi di accesso e utilizzo dei sistemi informatici.

Quanto alla riservatezza e sicurezza dei dati comunicati nel corso delle procedure di gara, è previsto che sia ancora il gestore del sistema ad assumere il ruolo di responsabile del trattamento dei dati, con conseguente responsabilità *"per la sicurezza dei dati immessi"*.

In proposito vale osservare che i principi di sicurezza sono quelli fissati dal D.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali). Il D.lgs. n.196/2003 non si limita a individuare condizioni minime di sicurezza, ma prevede, ai sensi dell'art.169, anche una responsabilità penale per quanti, essendovi tenuti, omettano di adottare le misure necessarie a garantire la sicurezza dei dati personali, con la conseguenza che tale responsabilità penale possa investire anche il *"gestore del sistema"*, in quanto soggetto espressamente tenuto alla adozione delle condizioni minime.

---

<sup>43</sup> Approvato con D.lgs. n. 152 del 2008

## 4. Modalità tecniche delle aste elettroniche

La Commissione Europea, sotto il profilo della tecnica, ha pubblicato un documento, "Documento SEC (2005) 959"<sup>44</sup>, contenente i requisiti delle procedure pubbliche attuate con mezzi elettronici, conformemente alle direttive per l'aggiudicazione degli appalti pubblici.

Tale documento contiene le indicazioni sulla gestione delle aste elettroniche e analizza le problematiche di accesso alla gara, la riservatezza e la rintracciabilità dei dati.

L'introduzione dei mezzi elettronici negli appalti pubblici può potenzialmente implicare un certo numero di questioni legali. Tuttavia, poche di queste sono nuove o specifiche rispetto all'uso di mezzi elettronici, in quanto la maggior parte di esse tratta la questione di come organizzare le procedure elettroniche inizialmente destinate al cartaceo.

Il principio fondamentale per la UE è che, in assenza di specifiche disposizioni in contrario, l'uso dei mezzi elettronici non cambia alcuno degli atti della procedura.

Il fondamento logico delle disposizioni di legge, specificamente dedicato alla procedura elettronica nelle nuove direttive sugli appalti pubblici, è che tutti gli operatori economici, in tutta l'Unione, dovrebbero essere in grado di partecipare, con un'organizzazione semplice e di uso comune ed un'abilità tecnica di base, ad un procedimento di pubblica acquisizione, che utilizza parzialmente o totalmente mezzi elettronici.

Poiché le procedure elettroniche sono in costante sviluppo, le direttive non pretendono di disciplinare in dettaglio l'applicazione di tutti i metodi. Altre tecniche di acquisto elettronico possono quindi essere utilizzate, a livello nazionale, *"a condizione che tale uso ottemperi alle norme redatte da questa Direttiva e ai principi di eguale trattamento, non discriminazione e trasparenza"*.

### 4.1 Mezzi elettronici di comunicazione e il loro impiego nella procedura di aggiudicazione

#### 4.1.1 I mezzi elettronici di comunicazione

Le nuove direttive sugli appalti pubblici, definiscono mezzi elettronici quelli che utilizzano attrezzature elettroniche per il trattamento (inclusa la compressione digitale) e la memorizzazione dei dati, che sono trasmessi, inoltrati e ricevuti tramite telegrafo, radio, mezzo ottico o altro mezzo elettromagnetico (articolo 1 (13), della direttiva 2004/18/CE).

I mezzi elettronici di comunicazione, in genere, fanno affidamento su una rete competente a trasmettere segnali digitali.

Conformemente all'articolo 42 (2)<sup>45</sup>, i mezzi scelti devono essere a disposizione pubblica,

---

<sup>44</sup> Il "documento di lavoro degli uffici della commissione" SEC (2005) del 9 luglio 2005, sul sito della UE, solo in lingua inglese

<sup>45</sup> Art.42 direttiva 2004/18

1. Tutte le comunicazioni e tutti gli scambi di informazioni di cui al presente titolo possono avvenire, a scelta dell'amministrazione aggiudicatrice, per posta, mediante fax o per via elettronica, conformemente ai paragrafi 4 e 5, per telefono nei casi e alle condizioni di cui al paragrafo 6 o mediante una combinazione di tali mezzi.

2. Il mezzo di comunicazione scelto deve essere comunemente disponibile, in modo da non limitare l'accesso degli operatori economici alla procedura di aggiudicazione.

3. Le comunicazioni, gli scambi e l'archiviazione di informazioni sono realizzati in modo da salvaguardare l'integrità dei dati e la riservatezza delle offerte e delle domande di partecipazione e da non consentire alle amministrazioni aggiudicatrici di prendere visione del contenuto delle offerte e delle domande di partecipazione prima della scadenza del termine previsto per la loro presentazione.

4. Gli strumenti da utilizzare per comunicare per via elettronica, nonché le relative caratteristiche tecniche, devono essere di carattere non discriminatorio, comunemente disponibili al pubblico e compatibili con i prodotti della tecnologia dell'informazione e della comunicazione generalmente in uso.

in modo da non limitare l'accesso alla procedura di gara. Ciò significa che la rete in questione deve essere aperta a tutti e ognuno deve essere in grado di connettersi ad essa.

Oggi questi mezzi elettronici di comunicazione a disposizione pubblica includono anche Internet ed e-mail. Tuttavia, poiché la tecnologia è in costante e rapida evoluzione, per definire in generale i mezzi a disposizione pubblica, è preferibile non interpretare la disposizione in maniera restrittiva nei termini di uno standard specifico, ma piuttosto provare ad individuare i criteri relativi.

Questi sono, per la maggior parte, la copertura geografica, l'attrezzatura terminale e le formalità/procedure necessarie per la connessione alla rete, il livello del grado di istruzione ICT richiesto ed i relativi costi.

Se un mezzo di comunicazione implica una connessione a una rete che non è disponibile ovunque e per tutti e/o l'utilizzo di apparecchiature non di uso comune (ad esempio comunicazioni via satellite) e/o con costi eccessivamente elevati, il mezzo non può essere considerato idoneo a soddisfare il requisito di generale disponibilità.

Disponibilità gratuita e accesso sicuro ad una rete accessibile sono altri importanti fattori necessari a garantire che l'accesso alla procedura di gara non sia limitato e ad assicurare la parità di trattamento ed un'effettiva concorrenza.

Da quando Internet è disponibile 24 ore al giorno, l'accesso alla maggior parte delle operazioni (*browsing*, registrazione, *downloading* dei documenti, presentazione di domande di partecipazione od offerte), in linea di principio dovrebbe essere a disposizione ventiquattro ore su ventiquattro. Ragionevolmente, alcune limitazioni di accesso possono essere previste, principalmente per motivi di manutenzione, tuttavia esse non dovrebbero mai essere estese al normale orario d'ufficio. Al contrario, le operazioni che richiedono interazione (ad esempio aste *on-line*), potrebbero essere accessibili soltanto durante il normale orario d'ufficio.

Solo se le offerte devono essere raccolte nello stesso tempo, come in alcune aste *on-line*, potrebbe essere necessario modificare gli orari di apertura, al fine di consentire a tutti gli offerenti di partecipare ad esse.

Per evitare qualsiasi ambiguità, il termine per la presentazione delle offerte dovrebbe essere chiaramente specificato, ad esempio con riferimento alla UTC (*Coordinated Universal Time*) o con l'equivalente "ora locale".

#### **4.1.2 Le eventuali patologie del ricorso ad un'asta elettronica**

Il sistema dell'autorità contraente (sistema anti-hacker) dovrebbe anche essere impostato in modo da fornire un'adeguata protezione contro le operazioni non autorizzate, come le azioni volte a perturbare il suo normale funzionamento, in modo da fornire un ragionevole livello di protezione e garanzia per la sicurezza degli operatori economici.

I problemi tecnici, all'interno della rete dell'autorità contraente, quali interruzioni di servizio e guasti di sistema, possono impedire l'accesso ai documenti contrattuali, o possono interrompere il processo di aggiudicazione in un momento critico (ad esempio durante la trasmissione delle richieste di chiarimenti o le corrispondenti risposte, durante la ricezione delle offerte o delle domande di partecipazione, o durante le aste).

Devono distinguersi i problemi all'interno di una rete pubblica e disponibile, rispetto a quelli specifici relativi al dispositivo (browser del mittente) o alla piattaforma dell'amministrazione aggiudicatrice; solo in quest'ultimo caso, l'autorità contraente deve porre rimedio al guasto, per esempio prorogando le scadenze e fornendo le informazioni pertinenti a tutte le parti interessate.

L'amministrazione aggiudicatrice non è responsabile per il guasto di una rete libera e non è tenuta a promuovere alcuna azione legale riparatrice.

#### **4.1.3 Le spese di accesso**

Le nuove disposizioni sulla procedura elettronica non si occupano della questione delle spese per l'accesso al sistema dell'autorità contraente. E' ragionevole prevedere che ogni parte copra i propri costi. Gli operatori economici sosterrebbero i costi di comunicazione per accedere al sistema di aggiudicazione o i costi per conseguire la firma digitale. L'autorità contraente sosterrebbe il costo del sistema di ricezione delle offerte e quello

per rendere disponibili i documenti d'appalto. Facendo affidamento sui servizi offerti dal sistema (meccanismi di vigilanza, database management, ecc.), una quota di costi sicuramente dovrebbe gravare sugli operatori economici, ad eccezione del caso in cui i sistemi d'acquisto dinamico sono inclusi, a patto che tali quote di costo siano giustificate, proporzionate e che non discriminino o non restringano l'accesso alla procedura di aggiudicazione.

#### 4.1.4 L'uso dei mezzi elettronici nel processo di aggiudicazione

I mezzi elettronici sono per la prima volta nesi alla pari con i tradizionali mezzi di comunicazione (Considerando 35)<sup>46</sup>; Articolo 1(12)<sup>47</sup>.

Le autorità contraenti possono decidere:

- a) che tutte le comunicazioni e scambi di informazioni con gli operatori economici saranno eseguite esclusivamente da mezzi elettronici (articolo 42 (1));
- b) da una combinazione di mezzi elettronici e cartacei.

Se si sceglie la combinazione, è possibile continuare in parallelo ad ogni passo della procedura, o in passi successivi nei quali solo l'uno o l'altro mezzo è usato (solo mezzi elettronici per i documenti di richiesta d'appalto e solo mezzi tradizionali per la presentazione delle offerte). Le autorità contraenti possono anche lasciare la scelta dei mezzi agli operatori economici.

Il diritto delle autorità contraenti di scegliere i mezzi di comunicazione è tuttavia limitato dalle Direttive e più precisamente :

- La ricezione di documenti, certificati e dichiarazioni che non esistono in formato elettronico devono essere organizzati seguendo le procedure tradizionali in cartaceo
- Alcuni metodi/strumenti per aggiudicare, come le aste elettroniche e i sistemi dinamici di acquisto (d'ora in avanti Dps), possono essere condotti solo attraverso mezzi elettronici, Articolo 1(7)<sup>48</sup>.

- Quando vi sono ragioni di credere che, a causa della quantità e/o della complessità di dati da presentare, le comunicazioni, gli scambi e l'immagazzinamento di dati non possono essere opportunamente trattati da mezzi elettronici e perciò non sono soddisfatte le esigenze dell'art 42(3), essi possono essere trattati tramite mezzi tradizionali. In tali casi essi devono essere scambiati su un supporto materiale come la carta o supporto comunemente usati per memorizzare dati come i *floppy disc*, *Cd-Rom* o *memory sticks*.

L'art. 42(4) stabilisce che gli strumenti per comunicare con mezzi elettronici e le loro caratteristiche tecniche devono essere: non discriminatori, pubblicamente disponibili e interoperabili con le informazioni, le comunicazioni e i prodotti della tecnologia generalmente in uso.

Disponibilità pubblica e non discriminazione sono, quindi, i due cardini del sistema.

L'approccio pragmatico sopra descritto per determinare la disponibilità pubblica dei mezzi di comunicazione scelti, si applica anche agli strumenti che devono essere usati per

---

<sup>46</sup> Direttiva 2004/18 Considerando 35 Tenuto conto delle nuove tecnologie dell'informazione e delle comunicazioni e delle semplificazioni che esse possono comportare per quanto riguarda la pubblicità degli appalti nonché in termini di efficacia e di trasparenza delle procedure di aggiudicazione, è opportuno porre sullo stesso piano i mezzi elettronici e gli strumenti classici di comunicazione e di scambio di informazioni. In tutta la misura del possibile i mezzi e le tecnologie prescelti dovrebbero essere compatibili con le tecnologie utilizzate negli altri Stati membri.

<sup>47</sup> Direttiva 2004/18 art. 1(12) I termini "scritto" o "per iscritto" designano un insieme di parole o cifre che può essere letto, riprodotto e poi comunicato. Tale insieme può includere informazioni trasmesse e archiviate con mezzi elettronici

<sup>48</sup> Direttiva 2004/18 art. 1(7) Un'"asta elettronica" è un processo per fasi successive basato su un dispositivo elettronico di presentazione di nuovi prezzi, modificati al ribasso, e/o di nuovi valori riguardanti taluni elementi delle offerte, che interviene dopo una prima valutazione completa delle offerte permettendo che la loro classificazione possa essere effettuata sulla base di un trattamento automatico. Di conseguenza appalti di servizi e di lavori che hanno per oggetto prestazioni intellettuali, come la progettazione di lavori, non possono essere oggetto di aste elettroniche.

comunicare tramite mezzi elettronici.

A differenza dei mezzi elettronici, gli strumenti elettronici non implicano la presenza di una rete. Il termine si riferisce ai prodotti, principalmente prodotti software, che sono usati dalle autorità contraenti e dagli operatori economici con lo scopo effettivo di comunicare. Sulla base del principio guida, secondo il quale chiunque acceda ad Internet tramite un normale computer con applicazioni standard e programmi, deve essere idoneo a partecipare alla procedura di pubblica aggiudicazione, possono ricorrere due casi differenti:

a) lo strumento per comunicare deve essere posseduto dall'operatore economico: in questo scenario lo strumento necessario deve essere un software alla portata di tutti, facile da comprare (ovunque disponibile ad un costo che è proporzionato all'uso a cui è destinato), facile da installare, se è necessario e ragionevolmente facile da usare. Il principio generale di proporzionalità può essere adoperato per valutare il livello di conoscenza tecnologica che lo strumento richiede (ad es. quando la procedura di aggiudicazione riguarda servizi e prodotti relativi al computer, l'autorità contraente può probabilmente richiedere un più alto livello del grado di istruzione Ict dai potenziali fornitori);

b) lo strumento è reso disponibile dall'autorità contraente agli operatori economici interessati: questo accade principalmente nel caso in cui lo strumento scelto non si riveli essere "facile da comprare" per gli operatori economici.

Il livello del grado di istruzione Ict, richiesto per utilizzare lo strumento, dovrebbe essere tenuto in considerazione. Se l'autorità contraente può scegliere fra due famiglie di software per presentare disegni e piani, l'esclusiva scelta di una di queste potrebbe beneficiare alcuni operatori a discapito di altri. Al fine di ottemperare al requisito di non discriminazione, se l'autorità contraente non può realmente accettare entrambi gli strumenti, si dovrebbe considerare di prevedere dei limiti di tempo più lunghi per permettere agli operatori economici di acquistare lo strumento.

Infine, e senza pregiudicare il diritto dell'autorità contraente di esigere che le offerte siano redatte nel suo proprio linguaggio, il problema del linguaggio dello strumento deve essere tenuto presente dall'autorità contraente. Può essere opportuno un software in cui vi è almeno la presenza di indicazioni minime in un altro linguaggio, in modo da agevolare l'installazione e l'uso dello strumento reso disponibile dall'autorità contraente, in modo da facilitare l'accesso ai documenti di appalto o inviare offerte, specialmente se sono necessarie complesse istruzioni.

#### **4.1.5 Interoperabilità di strumenti per la comunicazione mediante mezzi elettronici**

"Interoperabilità" è qui usata per riferirsi alla capacità dei sistemi Ict (e delle transazioni d'affari che essi supportano) di scambiare informazioni o servizi direttamente ed esaurientemente fra loro e/o fra i loro utenti, in modo da lavorare effettivamente insieme. Ciò richiede la capacità di prevedere lo scambio di dati elettronici fra, ad esempio, differenti tipi di segnale, mezzi di trasmissione, livelli di applicazione o performance.

Gli strumenti interoperabili permettono una comunicazione senza impedimenti fra sistemi differenti e distinti, mettendo in contatto tecnologie e software eterogenei. Questo è il caso, ad esempio, quando gli offerenti si collegano al sistema dell'autorità contraente, accedono elettronicamente ai documenti di offerta dal sistema principale, o inviano un'offerta tramite la connessione ad una differente applicazione scritta in un diverso linguaggio di programmazione.

Differenti e incompatibili soluzioni tecniche -mancanza di interoperabilità- possono rendere l'accesso degli offerenti al sistema di e-aggiudicazione impossibile o scoraggiare la loro partecipazione a causa delle difficoltà aggiuntive o dell'incremento dei costi. Possono sorgere ostacoli in termini di caratteristiche funzionali o tecniche, o di entrambe, dei sistemi e degli strumenti adoperati. Questi ostacoli dovrebbero essere evidenziati caso per caso.

Il requisito degli strumenti elettronici interoperabili è che lo strumento scelto debba essere idoneo a funzionare e ad interagire con le comuni apparecchiature ed applicazioni, ad es. seguendo la principale funzionalità per comunicare e scambiare dati con gli strumenti di

base office. Ciò non significa che debba essere interoperabile ogni singola e specifica applicazione dell'apparecchiatura elettronica degli operatori economici.

#### 4.1.6 Integrità e sicurezza dei dati.

L'articolo 42(3)<sup>49</sup> determina le condizioni che devono essere soddisfatte, da parte dei mezzi di comunicazione scelti, durante la comunicazione, lo scambio e la memorizzazione dell'informazione. Queste condizioni devono garantire l'integrità dei dati e la riservatezza delle offerte o delle richieste di partecipazione e assicurare che essi siano custoditi al sicuro fino alla scadenza fissata per la loro apertura.

Queste non sono condizioni tipicamente specifiche ai mezzi elettronici, poiché esse vengono tradizionalmente applicate alla comunicazione, allo scambio e alla memorizzazione di informazione basati sul cartaceo. Soluzioni ad hoc possono essere richieste, tuttavia, al fine di venire incontro alle condizioni esistenti in un ambiente elettronico.

In particolare, né le firme, né le crittografie possono essere usate dagli operatori economici senza che gli stessi siano stati autorizzati a farlo dall'autorità contraente. Gli Stati Membri possono regolare il tipo di firma elettronica richiesto e restringere la selezione dell'autorità contraente per abilitare le firme.

Canali sicuri (http, Ssl) e/o crittografie possono essere usati per preservare l'integrità dei dati e la riservatezza delle offerte e delle richieste di partecipazione, sebbene la crittografia possa richiedere un livello di istruzione Ict più elevato da parte degli operatori economici. In ogni caso, al fine di ottemperare ai principi generali di non discriminazione, di disponibilità pubblica e di trasparenza, l'informazione riguardo la crittografia deve essere resa disponibile alle parti interessate insieme a tutte le informazioni necessarie riguardanti le specificazioni per la presentazione di offerte e di richieste di partecipazione. Le autorità contraenti possono rifiutare di accettare messaggi che potrebbero danneggiare il loro sistema o i loro servizi di ricezione e possono prendere appropriate misure per limitare tale pericolo.

L'informazione sul meccanismo antivirus dovrebbe preferibilmente essere specificato nel sito web e nei documenti d'appalto. I controlli antivirus sono normalmente effettuati alla ricezione del messaggio. Tuttavia, riguardo a un messaggio consistente in un'offerta (o una richiesta di partecipazione), il controllo antivirus dovrebbe essere condotto in modo da garantire la riservatezza e l'inaccessibilità dell'offerta prima della sua apertura formale. Quando ciò non è possibile, il controllo antivirus sarà condotto all'apertura formale dell'offerta.

Qualunque sia la soluzione, i mittenti dei messaggi che sono stati rifiutati, in quanto infetti da un virus, dovrebbero essere istantaneamente informati al fine di consentire loro, quando è possibile, di ripresentare il messaggio entro le scadenze che sono in vigore. Non sarà consentita la ripresentazione dopo il termine della scadenza.

#### 4.1.7 Rintracciabilità

Le autorità contraenti dovranno documentare l'andamento delle procedure di aggiudicazione condotte mediante mezzi elettronici (Art. 43, secondo capoverso)<sup>50</sup>.

Tale requisito di rintracciabilità deve essere inteso in riferimento ad ogni passaggio della procedura di aggiudicazione condotto elettronicamente, incluso il passaggio in cui i documenti d'appalto sono resi disponibili. L'attrezzatura e la funzionalità dovrebbero essere appropriate a conservare la versione originale di tutti i documenti e una registrazione vera e fedele di tutti gli scambi con gli operatori economici al fine di procurare qualsiasi prova che potrebbe servire in caso di contesa.

---

<sup>49</sup> Art.42 direttiva 2004/18 (3). Le comunicazioni, gli scambi e l'archiviazione di informazioni sono realizzati in modo da salvaguardare l'integrità dei dati e la riservatezza delle offerte e delle domande di partecipazione e da non consentire alle amministrazioni aggiudicatrici di prendere visione del contenuto delle offerte e delle domande di partecipazione prima della scadenza del termine previsto per la loro presentazione.

<sup>50</sup> Art.43 direttiva 2004/18 secondo capoverso. Le amministrazioni aggiudicatrici prendono gli opportuni provvedimenti per documentare lo svolgimento delle procedure di aggiudicazione condotte con mezzi elettronici.

Per la custodia sicura delle offerte fino al termine della scadenza, per la presentazione e la protezione dei dati contro un accesso non autorizzato, la rintracciabilità delle operazioni incluse, l'ora esatta e la data di ricezione dei dati sono elementi molto importanti.

La rintracciabilità renderebbe possibile verificare quali messaggi/dati sono stati trasmessi o resi disponibili, da chi, a chi, e quando, incluso la durata della comunicazione. Dovrebbe anche essere possibile ricostruire la sequenza degli eventi, incluso ogni automatico trattamento dei dati o i conteggi automatici

Sebbene non sia imperativo registrare chi visita o accede ai documenti d'appalto che si trovano su una rete libera, ciò potrebbe essere opportuno. L'autorità contraente generalmente gradisce la funzionalità atta a identificare chi ha avuto accesso ai documenti d'appalto e, a patto che tale identificazione sia mantenuta al minimo, ciò deve ritenersi ammissibile.

La rintracciabilità delle operazioni dovrebbe anche rendere possibile stabilire se il sito che ospita la procedura di aggiudicazione è stato compromesso o manomesso.

#### **4.1.8 Presentazione elettronica di avvisi alla Commissione**

Il fatto che sia prevista la presentazione elettronica degli avvisi all'Ufficio per le Pubblicazioni Ufficiali della Comunità Europea e l'accesso elettronico ai documenti dell'offerta, consente alle autorità contraenti di risparmiare tempo in maniera significativa nel processo di aggiudicazione; in ambo i casi, i limiti temporali possono essere ridotti per la procedura considerata nel suo insieme.

Se spediti elettronicamente all'Ufficio per le Pubblicazioni, gli avvisi di aggiudicazione sono pubblicati sul Ted (*tenders electronic daily*), entro cinque giorni da quando sono stati spediti, invece dei normali dodici giorni previsti.<sup>51</sup>

I limiti di tempo per la ricevuta di richieste di offerte e per la ricevuta di richieste di partecipazione può essere accorciato di conseguenza di sette giorni art. 38(5)<sup>52</sup> Ciò si applica a tutte le procedure, incluso il dialogo competitivo.

Per realizzare efficacemente la pubblicazione in tale breve durata, gli avvisi devono essere spediti nel formato richiesto dalle Direttive, usando le forme standard disponibili a questo scopo. Attualmente, questo si riferisce alle forme standard contenute nelle Direttive 2001/78/CE. Queste saranno sostituite da un nuovo insieme di sistemi su Standard Forms nella prossima Regolamentazione e saranno adottate come una misura di implementazione della Commissione. Le strutture di queste forme standard sono disponibili *on-line* nel sito web Simap (<http://www.simap.eu.int>) così come la documentazione tecnica per spedire avvisi in formato elettronico strutturato (Xml).

Per identificare correttamente nelle forme standard i beni o servizi da acquistare, le Direttive rendono obbligatorio l'uso del Vocabolario Comune di Aggiudicazione (Cpv).

Per di più, le autorità contraenti sono incoraggiate ad avere e mantenere un sito web Internet, il cosiddetto "profilo acquirente", dove possono pubblicare gli avvisi di informazione precedenti (in questo caso, un avviso della pubblicazione sul profilo dell'acquirente sarà spedito elettronicamente all'Ufficio Pubblicazioni) ed anche gli altri avvisi pubblicati dall'Ufficio Pubblicazioni, così come specificazioni e documenti supplementari. Il profilo di acquirente può includere anche informazioni su inviti in corso di gara, acquisti programmati, contratti conclusi, procedure annullate ed alcune informazioni

---

<sup>51</sup> Art.36 (3) direttiva 2004/18. I bandi e gli avvisi redatti e trasmessi per via elettronica secondo il formato e le modalità di trasmissione precisate nell'allegato VIII, punto 3, sono pubblicati entro cinque giorni dalla loro trasmissione. I bandi e gli avvisi non trasmessi per via elettronica secondo il formato e le modalità di trasmissione precisate nell'allegato VIII, punto 3, sono pubblicati entro dodici giorni dal loro invio o, nel caso della procedura accelerata di cui all'Articolo 38, paragrafo 8, entro cinque giorni dal loro invio.

<sup>52</sup> Art.38 (5) direttiva 2004/18. Qualora i bandi siano redatti e trasmessi per via elettronica secondo il formato e le modalità di trasmissione precisati nell'allegato VIII, punto 3, i termini per la ricezione delle offerte di cui ai paragrafi 2 e 4, nelle procedure aperte, e il termine per la ricezione delle domande di partecipazione di cui al paragrafo 3, lettera a), nelle procedure ristrette, nelle procedure negoziate e nel dialogo competitivo possono essere ridotti di sette giorni.

generali ed utili, come i dettagli per contattare l'autorità contraente .

## **4.2 Apparecchiatura elettronica per il ricevimento delle offerte, richieste di partecipazione, piani e progetti in gara**

### **4.2.1 Ricevimento elettronico delle offerte e richieste di partecipazione in "acquisto singolo".**

Nel processo di aggiudicazione, i mezzi elettronici possono essere usati per trasmettere e ricevere offerte e richieste di partecipazione, così come piani e progetti, quali disegni di legge.

L'articolo 42(5)<sup>53</sup>, determina le norme chiave per gli specifici requisiti minimi per la sicurezza e la riservatezza delle apparecchiature di ricezione elettronica. Tutti i requisiti prima menzionati in relazione alla definizione e all'uso di mezzi elettronici e gli strumenti si applicano uniformemente anche all'apparecchiatura.

Le autorità contraenti sono libere di scegliere i mezzi adatti di comunicazione e sono responsabili dell'organizzazione della ricezione elettronica di offerte e delle richieste di partecipazione in ottemperanza ai requisiti legali posti dalla Direttiva. Gli operatori economici osserveranno le specificazioni dell'apparecchiatura di ricezione per presentare una valida offerta o una richiesta di partecipazione.

Per garantire l'accesso all'apparecchiatura, il primo requisito è che le specifiche necessarie, inclusa la crittografia, siano rese disponibili alle parti interessate articolo 42(5)(a). Queste dovrebbero essere indicate nell'avviso di gara o nei documenti di gara, incluso il tipo di configurazione che deve essere usata. Le Autorità contraenti possono richiedere una specifica configurazione e che le offerte siano strutturate in una maniera specifica.

### **4.2.2 La sicurezza dei dati.**

#### **a) Identità degli offerenti e firme elettroniche.**

L'apparecchiatura per il ricevimento elettronico delle offerte e delle richieste di partecipazione deve garantire che le firme elettroniche usate siano conformi ai provvedimenti nazionali adottati in conformità alla Direttiva 1999/93/Ce sulle firme elettroniche .

Gli Stati membri sono liberi di definire il livello del tipo di firma richiesto; in particolare possono chiedere che le offerte e/o le richieste di partecipazione siano accompagnate da firme elettroniche qualificate ed avanzate .

Le Direttive costringono le autorità contraenti ad accettare ogni firma che sia stata prodotta giuridicamente in qualsiasi Stato Membro. Perciò l'apparecchiatura dovrebbe essere organizzata in riferimento al livello di firma richiesto e dovrebbe essere equipaggiato anche a ricevere e trattare altre firme in conformità con l'articolo 5 della

---

<sup>53</sup> Art.42 (5) direttiva 2004/18 Ai dispositivi di trasmissione e ricezione elettronica delle offerte e ai dispositivi di ricezione elettronica delle domande di partecipazione si applicano le seguenti regole:

a) le informazioni concernenti le specifiche necessarie alla presentazione di offerte e domande di partecipazione per via elettronica, ivi compresa la cifratura, sono messe a disposizione degli interessati. Inoltre, i dispositivi di ricezione elettronica delle offerte e delle domande di partecipazione sono conformi ai requisiti dell'allegato X;

b) gli Stati membri possono, in conformità dell'Articolo 5 della direttiva 1999/93/CE, esigere che le offerte presentate per via elettronica possano effettuarsi solo utilizzando una firma elettronica avanzata conforme al paragrafo 1 di detto Articolo;

c) gli Stati membri possono introdurre o mantenere sistemi di accreditamento facoltativo al fine di migliorare il livello della prestazione di servizi di certificazione relativamente ai suddetti dispositivi;

d) gli offerenti o i candidati si impegnano a far sì che i documenti, i certificati e le dichiarazioni di cui agli articoli da 45 a 50 e all'Articolo 52, se non sono disponibili in forma elettronica, siano presentati prima della scadenza del termine previsto per la presentazione delle offerte o delle domande di partecipazione.

Direttiva 1999/93/Ce. In ogni caso l'apparecchiatura dovrebbe essere capace di trattare offerte estremamente complesse (offerte che provengono da consorzi che combinano firme diverse, per esempio da autorità pubbliche ed operatori economici, di livello ed origine diversi e da diversi Stati Membri). In pratica, questo può condurre a problemi di interoperabilità delle firme diverse, tanto ad un livello tecnico (ricevuta effettiva e trattamento delle firme straniere) quanto a livelli organizzativi (definizione e riconoscimento reciproco degli specifici tipi e livelli di firme straniere).

Fino a che una soluzione al problema di interoperabilità sia trovata, sembra che una valida alternativa provvisoria consisterebbe nell'organizzare la presentazione su cartaceo in parallelo a quella elettronica o accettare le semplici firme elettroniche, possibilmente seguite da conferma su cartaceo.

#### **b) L'anonimato.**

Se la legislazione nazionale richiede che l'anonimato sia conservato fino all'apertura delle offerte, l'apparecchiatura dovrebbe garantire che le informazioni relative ai mittenti siano inaccessibili, così come il contenuto dell'offerta.

#### **c) Attestazione temporale.**

L'apparecchiatura garantirà l'esatta attestazione della ricezione. Questo, pertanto, comporta che i dati dovrebbero essere automaticamente attestati e chiusi.

Un'attestazione temporale dovrebbe essere fatta all'inizio e alla fine della ricezione ed anche la fascia di tempo dovrebbe essere parte dell'attestazione temporale. Il luogo in cui sono immagazzinati i documenti potrebbe dipendere dalla location del provider della piattaforma.

In assenza di alcuna specifica indicazione si riterrà che la trasmissione debba essere completata prima del termine della scadenza.

Un riconoscimento della riuscita ricezione delle offerte dovrebbe essere rilasciato, idealmente, in automatico dall'apparecchiatura e dovrebbe essere spedito all'indirizzo elettronico dell'offerente.

L'apparecchiatura offrirà le informazioni pertinenti agli offerenti se l'*uploading* o la presentazione delle offerte non dovesse riuscire, in particolare nei casi in cui sia rintracciato un virus. In questo caso si riterrà che nessuna presentazione sia stata fatta e dovrebbe essere possibile ripresentarne un'altra purché entro i termini di scadenza.

#### **d) Accesso ai dati trasmessi.**

L'apparecchiatura deve garantire la segretezza dei dati trasmessi, incluso il rilevamento di qualsiasi accesso non autorizzato.

Ciò vuol dire che i dati trasmessi dovrebbero essere ricevuti e memorizzati automaticamente senza che alcuno possa interferire con essi fino a quando sia trascorsa la naturale scadenza. E' tecnicamente possibile documentare ogni accesso al server. Il sistema registra ogni operazione effettuata sui dati e ciò dovrebbe essere memorizzato e messo in salvo, per assicurare la rintracciabilità delle operazioni. Prima che i dati siano aperti, il sistema dovrebbe confermare che non è stato rilevato nessun accesso non autorizzato.

L'apparecchiatura deve garantire che solamente le persone autorizzate possano inserire o cambiare le date per aprire i dati ricevuti. E' possibile che sia necessario, infatti, rimandare l'apertura di alcune parti delle offerte. L'apparecchiatura deve permettere questo senza compromettere la sicurezza delle parti non aperte e in generale deve garantire che la modifica delle date non abbia conseguenze negative per la riservatezza delle offerte.

Le misure di sicurezza interne, basate sul principio dei "quattro occhi", devono essere implementate. Ciò significa che almeno due persone dovrebbero simultaneamente compiere l'apertura delle offerte.

L'apparecchiatura deve garantire che l'accesso ai dati presentati sia possibile solamente attraverso l'azione simultanea di persone autorizzate, solamente dopo che la data prescritta sia scaduta, e, infine, che i dati una volta ricevuti e conosciuti rimangano accessibili solo a persone autorizzate ad esserne a conoscenza.

Si può presumere che l'apertura dei dati sia una funzione *on-line*. Azione simultanea, in questo contesto vuole dire che le persone autorizzate e designate all'interno di un lasso di

tempo di alcuni, pochi minuti, produrranno le registrazioni di quali componenti siano stati aperti e quando. La caratteristica della sicurezza dell'apparecchiatura può rendere difficile organizzare l'apertura in pubblico delle offerte. Tuttavia, un'apertura pubblica *on-line* può essere sempre prevista e per lo meno le informazioni normalmente dischiuse durante l'apertura pubblica potrebbero essere immediatamente disponibili elettronicamente. La presenza materiale della commissione per l'apertura in una specifica location non dovrebbe essere un requisito, a meno che i documenti cartacei esistano come complete e separate offerte o come componenti di offerte.

Ogni persona autorizzata avrebbe bisogno di una chiave individuale. I codici possono essere distribuiti in anticipo, ma preferibilmente dopo il termine della scadenza per presentare offerte. Alla data e nel tempo fissati per l'apertura delle offerte e delle richieste di partecipazione, le persone autorizzate dovrebbero procedere all'apertura simultanea dei dati per accesso di sola lettura. Le firme elettroniche dovrebbero essere verificate e l'integrità dei dati dovrebbe essere verificata. La presentazione tempestiva dei dati dovrebbe essere controllata. Copie cartacee potrebbero essere distribuite ma solamente la versione elettronica sarà considerata l'originale.

Qualsiasi modalità per il controllo antivirus sia stata adottata, l'apparecchiatura assicurerà la riservatezza e l'inaccessibilità, a chiunque, delle offerte o della richiesta di partecipazione prima dell'apertura formale delle offerte -ed anche dopo questa- a persone non autorizzate. Analogamente si garantirà il requisito di rintracciabilità di tutte le operazioni.

Se la legislazione nazionale esige che le offerte siano presentate in parti separate (come offerte tecniche ed economicamente separate), l'apparecchiatura dovrebbe permettere l'apertura differita dei files separati nella sequenza richiesta allo stesso modo che con buste sigillate. La legislazione nazionale regolerà anche quali parti delle offerte necessitano di essere firmate e da chi.

In caso di dati criptati e la cui chiave appartenga all'offerente, quest'ultimo deve assicurare che la chiave giungerà all'autorità contraente prima della data stabilita per l'apertura delle offerte.

#### **4.2.3 Ricevimento elettronico delle offerte in procedure multiple e cataloghi elettronici.**

Quanto è stato detto sul ricevimento delle offerte per "acquisto singolo", si applica anche agli acquisti multipli. L'unica differenza è che negli accordi quadro e Dps nella fase della riapertura della gara l'autorità contraente ed i partecipanti operano in un circuito chiuso, dove tutti gli attori sono già conosciuti. Con la conseguenza che, a meno che ciò non sia vietato dalla legislazione nazionale, il livello di firma richiesto dall'autorità contraente può essere abbassata, anche se di norma la regola generale resta sempre la firma qualificata. La fase di riapertura della gara in particolare consente l'uso di cataloghi elettronici (gli e-cataloghi). I cataloghi elettronici sono documenti elettronici stabiliti dai fornitori che descrivono prodotti e prezzi che possono, sotto certe condizioni costituire un'offerta; questi o sono trasmessi o *uploaded* al website dell'autorità contraente o sono resi disponibili nei siti web dei fornitori.

Gli operatori economici possono usare e-cataloghi per presentare le loro offerte a patto che essi ottemperino ai requisiti sopra menzionati per gli strumenti elettronici di comunicazione, così come ottemperino ai possibili requisiti stabiliti dall'autorità contraente (per esempio, l'uso di una specifica configurazione). In tali casi le indicazioni pertinenti sono previste nell' Articolo 42(5).

In teoria, gli e-cataloghi possono essere usati anche per presentare l'offerta in una procedura singola o l'offerta iniziale in una procedura multipla. Quando il fornitore e i prodotti sono stati già ammessi, gli e-cataloghi possono essere usati facilmente per aggiornare l'offerta indicativa per un Dps o per presentare una nuova offerta. Negli accordi quadro correnti e nei Dps, gli e-cataloghi si riferiranno all'offerta/prodotto per cui il fornitore è stato selezionato e non conterrà emendamenti sostanziali alle clausole

formulate nell'accordo quadro (Articolo 32(2))<sup>54</sup>. Al momento di organizzare l'accordo quadro di multi-fornitori o organizzando o seguendo il Dps, gli e-cataloghi possono essere definiti solamente in una configurazione "congelata" o "immagine fissa" sotto le condizioni specificate nell'Articolo 42 e nell'Allegato X<sup>55</sup> perché l'acquirente pubblico opera in un ambiente aperto nel quale chiunque deve avere accesso.

#### 4.2.4 La raccolta attiva di offerte

Tradizionalmente l'autorità contraente riceve passivamente le offerte presentate dai fornitori. La situazione è diversa al momento della riapertura della gara quando l'autorità contraente opera in un circuito chiuso dove tutti i possibili fornitori (anche i nuovi arrivati in un Dps) sono già conosciuti. In un circuito chiuso non fa differenza, da un punto di vista tecnico, se l'offerta aggiornata è trasmessa dal fornitore o recuperata dal sito web del fornitore dall'autorità contraente. Saranno validi tutti i requisiti e i livelli procedurali relativi alla presentazione delle offerte, incluso l'invito, i limiti di tempo e la chiusura delle offerte; l'unica cosa che cambia sono il modo in cui l'offerta arriva.

In particolare, in questo scenario l'autorità contraente deve avere cura di informare in tempo debito tutti i fornitori di quando e come i dati delle offerte (offerte indicative aggiornate o offerte nuove) saranno recuperati da essa. Purché i cataloghi siano conformi ai requisiti dell'autorità contraente (nei termini del loro contenuto, presentazione, configurazione, e strumenti) e che tutti i requisiti del citato Allegato X siano soddisfatti, l'autorità contraente può decidere di avere accesso esclusivo al catalogo su una piattaforma dedicata o, se il fornitore è d'accordo, ad accedere tramite il sito web del fornitore.

## 5 Il diritto di accesso agli atti della procedura d'asta elettronica espletata

La disciplina che fissa le modalità e condizioni dell'esercizio del diritto d'accesso agli atti del procedimento di asta elettronica è contenuta nell'art. 294 del Regolamento attuativo: *L'esercizio del diritto di accesso agli atti del processo di asta elettronica può essere esercitato mediante l'interrogazione delle registrazioni di sistema informatico che*

---

<sup>54</sup> Art.32 (2) direttiva 2004/18 Gli appalti basati su un accordo quadro sono aggiudicati secondo le procedure previste ai paragrafi 3 e 4. Tali procedure sono applicabili solo tra le amministrazioni aggiudicatrici e gli operatori economici inizialmente parti dell'accordo quadro.

<sup>55</sup> **ALLEGATO X - domande di partecipazione e all'invio di piani e progetti siano conformi alle disposizioni nazionali adottate in applicazione della direttiva 1999/93/CE**

I dispositivi di ricezione elettronica delle offerte, delle domande di partecipazione e dei piani e progetti devono garantire, mediante procedure e mezzi tecnici appropriati, almeno che:

- a) le firme elettroniche relative alle offerte, alle domande di partecipazione e all'invio di piani e progetti siano conformi alle disposizioni nazionali adottate in applicazione della direttiva 1999/93/CE;
- b) l'ora e la data esatte della ricezione delle offerte, delle domande di partecipazione e dei piani e progetti possano essere stabilite con precisione;
- c) si possa ragionevolmente assicurare che nessuno possa avere accesso ai dati trasmessi in base ai presenti requisiti prima della scadenza dei termini specificati;
- d) in caso di violazione di questo divieto di accesso, si possa ragionevolmente assicurare che la violazione sia chiaramente rilevabile;
- e) solo le persone autorizzate possano fissare o modificare le date di apertura dei dati ricevuti;
- f) solo l'azione simultanea delle persone autorizzate possa permettere l'accesso alla totalità o a una parte dei dati trasmessi nelle diverse fasi della procedura di aggiudicazione dell'appalto o del concorso;
- g) l'azione simultanea delle persone autorizzate possa dare accesso ai dati trasmessi solo dopo la data specificata;
- h) i dati ricevuti e aperti in applicazione dei presenti requisiti resti non accessibili solo alle persone autorizzate a prenderne conoscenza.

contengono la documentazione in formato elettronico dei detti atti ovvero tramite l'invio ovvero la messa a disposizione di copia autentica degli atti. Sono escluse dal diritto di accesso le soluzioni tecniche ed i programmi per elaboratore utilizzati dalla stazione appaltante o dal gestore del sistema informatico ove coperti da diritti di privativa intellettuale.

I documenti di gara possono essere resi disponibili a, o spediti a, operatori economici da mezzi elettronici. In ambo i casi si applicano tutte le regole sulle comunicazioni elettroniche.

La scelta tra queste due possibilità appartiene all'autorità contraente, in ogni caso per gli ordinari profili giuridici deve farsi diretto riferimento alla disciplina generale del diritto di accesso di cui agli articoli 25 e seguenti della legge n. 241/1990.

### CAPITOLO III

## I procedimenti elettronici speciali: L'accordo quadro e il sistema dinamico di acquisizione (c.d. *dynamic purchasing system* ovvero DPS)

### 1. L'accordo quadro (art. 59 codice dei contratti)

L'accordo quadro è uno strumento di semplificazione e snellimento per le amministrazioni aggiudicatrici, le quali, attraverso un'apposita procedura ad evidenza pubblica, sono in grado di selezionare una o più imprese alle quali affidare tutti gli appalti inerenti uno specifico settore di attività, per un determinato periodo e con determinate modalità.

La finalità dovrebbe essere quella di prevedere l'affidamento di interventi similari nel corso di un determinato periodo di tempo, nel senso che mentre uno degli interventi viene immediatamente affidato, gli altri verranno progressivamente aggiudicati maturandosi le condizioni economiche ed ambientali.

Con l'accordo quadro, da un lato le imprese traggono vantaggio da una produzione programmata nell'ambito di transazioni commerciali di rilevanza economica, dall'altro le stazioni appaltanti possono determinare a loro volta con ampio anticipo i costi di un programma di investimenti, con vantaggi in termini organizzativi e finanziari.

Si è sostenuto che l'elemento di fondo dell'accordo quadro "è, sostanzialmente quello di accorpare prestazioni di tipo ripetitivo ed omogeneo, effettuando una gara complessiva per giungere alla conclusione dell'accordo quadro, con prevedibile risparmio di tempi e di costi, soprattutto in quelle circostanze in cui non si ha certezza in merito alle quantità di prodotti, o lavori o servizi che nel tempo dovranno essere acquisiti o realizzati. Man mano che viene definita l'esatta misura nelle quantità di prodotti, lavori e servizi da acquisire o realizzare, si potrà procedere all'affidamento e all'aggiudicazione dei singoli appalti, sulla base delle clausole e delle condizioni pattuite con gli operatori economici al momento della conclusione dell'accordo e che costituiscono l'oggetto dell'accordo stesso"<sup>56</sup>.

Gli "accordi quadro", sotto il profilo giuridico, non sono appalti pubblici in senso stretto, in quanto il contratto non comporta obblighi diretti di esecuzione.

Si tratta di "contratti normativi", che non disciplinano uno specifico rapporto contrattuale, ma determinano tutti gli elementi ovvero le future modalità di individuazione dei futuri contratti applicativi (in particolare: prezzo e quantità, entità e margini di oscillazione dei miglioramenti; ecc.)

Tali contratti normativi non obbligano l'amministrazione alla realizzazione completa del programma, potendo liberamente valutare in base alle proprie disponibilità finanziarie se procedere o meno alla stipulazione dei successivi contratti: in caso si determini a contrarre, devono comunque essere osservate le condizioni contrattuali individuate

---

<sup>56</sup> Cfr. G. Verde, *Il dialogo competitivo, l'accordo quadro ed il sistema dinamico d'acquisizione nella nuova direttiva comunitaria sugli appalti*, articolo del maggio 2004, in [www.Diritto&Diritti.it](http://www.Diritto&Diritti.it), 3

nell'accordo quadro, pur se suscettibili di una eventuale negoziazione integrativa. Il contratto determina la nascita di una obbligazione di carattere negativo, nel senso che le parti devono astenersi dalla stipulazione di contratti aventi un contenuto difforme da quello delineato dal contratto normativo.

L'istituto in questione era in precedenza già presente, sia pure in una configurazione differente nei settori esclusi: l'art. 16 del d.lg. 17 marzo 1995 n. 158, consentiva all'ente appaltante di effettuare la scelta del contraente una tantum per tutte le prestazioni previste da un accordo ma che prevedeva "un programma di esecuzione di lavori, di forniture o di prestazioni di servizi".

In tale quadro, ove fosse convenzionalmente pattuito che la misura del reciproco vincolo fra le parti era data dal programma suddetto, l'amministrazione poteva comunque motivatamente non completare il programma, ma se decideva di completarlo, doveva farlo con il contraente già scelto e con il quale ha pattuito l'accordo quadro (cfr. T.A.R. Umbria, 13 novembre 1998, n. 1041).

Le direttive comunitarie hanno innovato la disciplina previgente al fine di implementare le finalità di semplificazione, flessibilità e modernizzazione della contrattualistica pubblica che hanno ispirato negli ultimi anni l'azione del legislatore europeo.

In materia di accordo quadro non si è assistito a sostanziali variazioni del dettato normativo: viene ribadito l'obbligo di non utilizzare l'accordo quadro per distorcere o limitare la concorrenza.

Il legislatore italiano ha provveduto a introdurre nell'ordinamento nazionale l'accordo quadro nei settori ordinari con l'art. 59 del Codice, mentre al contrario, per i settori esclusi, viene riprodotta la previgente normativa ad opera dell'art. 222 del Codice stesso.

Il comma 1 bis dell'art. 253 del Codice, introdotto dalla l. n. 228 del 12 luglio 2006, ha statuito che l'art. 59 in esame, quindi l'istituto dell'accordo quadro, fosse applicabile, limitatamente ai settori ordinari, alle procedure i cui bandi e avvisi erano stati pubblicati successivamente al 1° febbraio 2007. La ulteriore proroga dell'istituto è stata effettuata ad opera del D.lgs. 26 gennaio 2007, n. 6, alle procedure avviate con bandi e avvisi pubblicati dopo il 1 agosto 2007.

Il comma 1 dell'articolo in commento, nella versione originaria prevedeva che gli accordi quadro potessero essere conclusi solo in relazione a lavori caratterizzati da serialità e caratteristiche esecutive standardizzate, quali le opere di manutenzione e le altre ipotesi da specificare nel regolamento. Si aggiungeva, inoltre, un divieto generale per la progettazione e gli altri servizi di natura intellettuale, salvo che si trattasse di prestazioni a carattere seriale da individuarsi anch'esse tramite regolamento.

Da notare quindi che mentre per i lavori di manutenzione l'operatività dell'accordo quadro era immediata, relativamente ad altri casi (lavori con caratteristiche di serialità), essa era subordinata all'emanazione del regolamento attuativo.

In tal modo, pur lasciando piena libertà d'uso per le forniture di prodotti e di servizi diversi da quelli intellettuali, si individuava un ben preciso ambito di applicazione degli accordi in esame in riferimento ad attività destinate a durare nel tempo e funzionalmente riconducibili ad un unico programma operativo ed anche connotate da elementi di ripetitività e meccanicità.

Con il D.lgs. n. 113 del 2007<sup>57</sup> (secondo decreto correttivo al Codice dei contratti pubblici), il legislatore ha integralmente sostituito il comma 1 dell'art. 59, incidendo sull'ambito di applicazione dell'istituto in esame.

---

<sup>57</sup> Art. 59 comma 1, "Le stazioni appaltanti possono concludere accordi quadro. Per i lavori, gli accordi quadro sono ammessi esclusivamente in relazione ai lavori di manutenzione. Gli accordi quadro non sono ammessi per la progettazione e per gli altri servizi di natura intellettuale" (comma così sostituito dall'articolo 1, comma 1, lettera h), D.lgs. n. 113 del 2007)

Infatti, relativamente ai lavori, gli accordi quadro sono ora ammessi esclusivamente per i lavori di manutenzione, mentre per la progettazione e per gli altri servizi di natura intellettuale vige il divieto generalizzato di ricorrere a tale Istituto, in considerazione della specificità degli stessi.

La premessa logica che è stata alla base dell'introduzione dell'istituto va individuato dall'osservazione per cui essendo le tecnologie in costante evoluzione è difficilmente giustificabile, sotto il profilo economico, vincolare nel tempo i committenti pubblici a condizioni, prodotti, e prezzi prefissati. Di qui il manifestarsi, da parte delle stazioni appaltanti, della necessità di gestire le proprie commesse sul lungo periodo.

In primo luogo un'amministrazione aggiudicatrice può avere interesse a far ricorso a un accordo quadro per prestazioni di cui avrà bisogno nel corso di un determinato periodo (ad esempio, assistenza tecnica, ma anche lavori manutenzione) quando non conosce ancora l'entità, o non può prevedere quando tale bisogno si manifesterà.

In secondo luogo, può essere utile quando la P.A. ha la necessità, fermi restando i minimi sui quali è stata operata la selezione, di disporre di operatori economici in grado di aggiornare, nel tempo, la propria offerta ai progressi della tecnologia ovvero del mercato.

Il procedimento è strutturato per consentire all'amministrazione, nel momento in cui ne ha necessità, di consultare mediante una procedura semplificata tutti i contraenti dell'accordo quadro e poter aggiudicare l'appalto al migliore offerente in tempi brevissimi.

Quello che caratterizza tipicamente l'accordo quadro è proprio che l'ambito degli operatori è circoscritto ai soli sottoscrittori dell'accordo tra i quali l'amministrazione dovrà individuare il proprio appaltatore<sup>58</sup>.

### **1.1 La prima fase del procedimento: la conclusione dell'accordo quadro con uno o più operatori**

Il procedimento può essere complessivamente distinto in due fasi: una prima, finalizzata alla individuazione degli operatori economici sottoscrittori e che si conclude con la stipula dell'accordo medesimo; una seconda fase, normalmente multipla, diretta alla conclusione dei singoli contratti applicativi dell'accordo.

Il comma 2 dell'art. 59<sup>59</sup> disciplina la prima fase dell'intesa, quella cioè finalizzata ad individuare le imprese facenti parte della medesima attraverso l'utilizzo di una delle procedure (aperta, ristretta, negoziata) contemplate dal testo europeo: in tal modo l'accordo quadro è sottoposto pienamente alle norme dell'evidenza pubblica, garantendo così la par condicio fra gli operatori economici coinvolti.

L'accordo quadro può essere concluso alternativamente:

- con un unico operatore che sottoscrive l'accordo ed al quale la stazione appaltante dovrà rivolgersi, nella misura ivi prevista, per i futuri contratti;
- con più operatori, tra ai quali in futuro dovrà normalmente avvenire il confronto competitivo

In ogni caso, le parti dell'accordo quadro sono scelte applicando i criteri generali di aggiudicazione definiti ai sensi dell'articolo 81 e seguenti, vale a dire:

a) l'offerta economicamente più vantaggiosa "dal punto di vista dell'amministrazione aggiudicatrice" come recita il primo comma, utilizzando diversi criteri collegati all'oggetto dell'appalto in questione (ad esempio, la qualità, il prezzo, il pregio tecnico, le caratteristiche estetiche e funzionali, le caratteristiche ambientali, il costo d'utilizzazione, la redditività, il servizio successivo alla vendita e l'assistenza tecnica, la data di consegna e il termine di consegna o di esecuzione);

b) il prezzo più basso, qualora sia rilevante esclusivamente l'aspetto economico, come nel

---

<sup>58</sup> Cfr. U. Realfonzo, *Accordo quadro e sistema dinamico di acquisizione*, atti convegno Paradigma, nov. 2005

<sup>59</sup> Art. 59 comma 2. "Ai fini della conclusione di un accordo quadro, le stazioni appaltanti seguono le regole di procedura previste dalla presente parte in tutte le fasi fino all'aggiudicazione degli appalti basati su tale accordo quadro. Le parti dell'accordo quadro sono scelte applicando i criteri di aggiudicazione definiti ai sensi degli articoli 81 e seguenti".

caso di contratto rigidamente predeterminato dalla stazione appaltante ovvero per prodotti le cui caratteristiche industriali siano strettamente predeterminati (es. farmaci, carburanti, ecc.).

## **1.2 La seconda fase del procedimento: Aggiudicazione degli appalti sulla base dell'accordo quadro**

All'art. 59, comma 3<sup>60</sup>, il legislatore individua le note procedurali proprie della seconda fase dell'accordo, sintetizzandole in due ordini di limitazioni al comportamento delle stazioni appaltanti: i contratti applicativi dell'accordo devono essere aggiudicati conformemente alle procedure ad hoc previste nei commi successivi; le procedure in esame sono esperibili solo tra i soggetti parti dell'accordo e non possono essere estese ad altri operatori economici non inizialmente compresi in esso.

In virtù di quanto appena affermato, appare ragionevole trarre la conclusione che l'amministrazione aggiudicatrice non possa affidare gli appalti basati sull'accordo quadro ad imprese che non abbiano stipulato l'accordo medesimo.

Inoltre, è stabilito che le parti in sede di stipulazione dei contratti pubblici, non possano in nessun caso apportare modifiche sostanziali alle condizioni previste dall'accordo quadro.

La statuizione contenuta nel comma in esame esprime il basilare divieto di rinegoziazione delle offerte posto a carico delle imprese e del soggetto pubblico, parti di un'intesa quadro; a tal riguardo si è rilevato che le ulteriori precisazioni dell'accordo in sede di aggiudicazione del singolo appalto devono essere limitate al suo perfezionamento, non potendo essere considerata legittima alcuna alterazione sostanziale dell'originario contenuto dell'accordo.

Se fosse, infatti, consentito ai contraenti di variare le condizioni originarie dell'accordo, risulterebbero palesemente violati i principi di parità di trattamento e trasparenza dell'azione amministrativa, specie nel caso in cui l'intesa fosse stata raggiunta con una sola impresa. Impresa che sarebbe in tal modo autorizzata a stravolgere la propria offerta presentata all'atto della gara preliminare al fine di adeguarla alle richieste del soggetto aggiudicatore, violando palesemente ogni canone di regolarità amministrativa e di concorrenzialità delle gare<sup>61</sup>.

Dette disposizioni costituiscono, quindi, il principio di fondo dell'accordo quadro e rappresentano un limite esplicito alle sue possibili modalità di impiego:

---

<sup>60</sup> Art. 59 comma 3. “Gli appalti basati su un accordo quadro sono aggiudicati secondo le procedure previste ai commi 4 e 5. Tali procedure sono applicabili solo tra le stazioni appaltanti e gli operatori economici inizialmente parti dell'accordo quadro. In sede di aggiudicazione degli appalti pubblici basati su un accordo quadro le parti non possono in nessun caso apportare modifiche sostanziali alle condizioni fissate in tale accordo quadro, in particolare nel caso di cui al comma 4”.

<sup>61</sup> Cfr L. Bellagamba, *L'accordo quadro nella direttiva 2004/ 18/ CE e nel codice dei contratti, in Appalti e Contratti*, 2006, 1,20.

**a) Quando un accordo quadro è concluso con un solo operatore economico**

L'ipotesi prevista dal comma 4<sup>62</sup>, prevede che quando un accordo quadro è concluso con un solo operatore economico, gli appalti successivi siano aggiudicati sulla base delle condizioni fissate nell'accordo quadro, alle quali, come si è detto, non possono essere apportate modifiche sostanziali, ma solo delle integrazioni su invito scritto della stazione appaltante .

Pertanto, in questo tipo di accordo quadro si pone il problema del completamento dell'offerta, il quale deve sottostare al divieto di apportare modifiche sostanziali alle condizioni fissate originariamente tra stazione appaltante e impresa aggiudicataria.

Se fosse consentito alla stazione appaltante di stravolgere le condizioni fissate nell'accordo mediante richiesta di completamento dell'offerta, l'impresa aggiudicataria sarebbe posta nella singolare situazione di essere risultata vincitrice di una procedura d'appalto (quella finalizzata alla conclusione dell'accordo medesimo) in virtù di un'offerta contenente delle modalità di esecuzione del contratto, le quali non saranno rispettate e, addirittura, risulteranno modificate in sede di affidamento dei contratti applicativi.

Da tutto ciò emergerebbe una palese violazione dei principi di parità di trattamento e di trasparenza dell'azione amministrativa, potendo gli operatori economici non aggiudicatari dell'accordo censurare il comportamento della stazione appaltante, la quale ha concluso un'intesa quadro su determinate basi (espresse, in parte, già nel bando di gara) per poi variarle in toto al momento di affidare gli appalti.

A tal proposito, in dottrina si sono manifestate due posizioni interpretative:

- la prima tende a negare che il completamento dell'offerta possa integrare gli estremi di una sua negoziazione, giacché l'operatore con cui è stato sottoscritto l'accordo è unico ed, evidentemente, il completamento dell'offerta da parte di questo non è di per sé in grado di alterare la concorrenza<sup>63</sup>;

- la seconda, al contrario, evidenzia i rischi connessi ad una simile pratica, affermando che in concreto è da valutare che il completamento dell'offerta non integri in realtà una rinegoziazione dell'accordo<sup>64</sup>.

Quindi, gli appalti basati sull'ipotesi prevista dal comma 4 sono aggiudicati entro i limiti delle condizioni fissate nell'accordo quadro. Si tratta dell'estensione, nell'ambito pubblicistico, di uno schema contrattuale che si caratterizza per una complessa funzione di collaborazione e consiste, sul piano strutturale, in un contratto normativo dal quale deriva l'obbligo di stipulare singoli contratti alle condizioni fissate nell'accordo generale iniziale (Cfr. Cass. civ., Sez. II, 22 febbraio 1999, n. 1469).

In sostanza in tale ipotesi l'accordo quadro funziona come una matrice, della quale i singoli contratti costituiscono diretta applicazione.

Resta aperta la questione se la stazione appaltante che ha sottoscritto un accordo quadro possa comunque indire una nuova gara d'appalto per il medesimo oggetto.

Se in assenza di uno specifico vincolo al riguardo, tale possibilità potrebbe apparire sempre configurabile, si deve rilevare tuttavia che la legittimità del nuovo provvedimento non può prescindere dalla azione di risoluzione dell'accordo quadro ex art. 1467 c.c.

In tali casi l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione che legittima la risoluzione del contratto a prestazioni corrispettive ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita, deve essere causata dal verificarsi di avvenimenti straordinari ed imprevedibili. Il carattere della straordinarietà è di natura obiettiva, qualificando un evento in base all'apprezzamento di elementi (quali la frequenza, le dimensioni, la

---

<sup>62</sup> Art. 59 comma 4. "Quando un accordo quadro è concluso con un solo operatore economico, gli appalti basati su tale accordo quadro sono aggiudicati entro i limiti delle condizioni fissate nell'accordo quadro. Per l'aggiudicazione di tali appalti, le stazioni appaltanti possono consultare per iscritto l'operatore parte dell'accordo quadro, chiedendogli di completare, se necessario, la sua offerta".

<sup>63</sup> L.Fiorentino e C.La Cava, *Le nuove direttive*, in *Quaderni del giornale di diritto amministrativo*, 2004, Milano

<sup>64</sup> L.Bellagamba, *L'accordo quadro. Nella direttiva 2004/18/Ce e nel codice dei contratti*, op. cit.

intensità, eccetera) suscettibili di misurazione attraverso analisi quantitative e di classificazioni, quanto meno di ordine statistico, mentre il carattere della imprevedibilità ha una radice soggettiva, facendo riferimento alla fenomenologia della conoscenza. L'accertamento del giudice di merito circa la sussistenza dei caratteri evidenziati è insindacabile in sede di legittimità se sorretto da motivazione adeguata ed immune da vizi (cfr. Cassazione civile, sez. II, 23 febbraio 2001, n. 2661).

**b) Quando invece un accordo quadro è concluso con più operatori economici**

Più complessa si presenta la disciplina degli accordi quadro stipulati con diversi operatori economici: il comma 5<sup>65</sup> sottolinea la necessità di almeno tre operatori economici per garantire un'effettiva concorrenzialità delle procedure e che vi sia un numero sufficiente di concorrenti, selezionabili secondo i requisiti di ammissione, o un numero sufficiente di offerte accettabili secondo i criteri di aggiudicazione previsti, prezzo più basso o offerta economicamente più vantaggiosa. Gli appalti fondati su un accordo quadro concluso con diversi operatori economici possono essere aggiudicati in due modi differenti:

a) mediante applicazione delle condizioni stabilite nell'accordo quadro senza nuovo confronto competitivo (comma 6)<sup>66</sup>,

b) ovvero dopo aver rilanciato un nuovo confronto competitivo fra le parti, qualora l'accordo non fissi tutte le condizioni (comma 8)<sup>67</sup>.

Nel primo caso, che si avvicina alla figura dell'accordo stipulato con un solo operatore, l'accordo quadro deve definire esattamente tutte le clausole del contratto da aggiudicare.

Il Codice prevede, inoltre, che per il caso previsto dal comma 6 l'aggiudicazione dell'accordo quadro debba contenere l'ordine di priorità, privilegiando il criterio della rotazione, per la scelta dell'operatore economico cui affidare l'appalto (comma 7)<sup>68</sup>.

Da segnalare, che ai sensi dell'art. 287 del regolamento di attuazione del Codice, in caso di applicazione del criterio della rotazione, ai fini della determinazione dell'ordine di priorità per la scelta dell'operatore economico cui affidare il singolo appalto, "la stazione appaltante tiene conto delle risultanze della procedura di gara sulla base dei criteri di valutazione delle offerte in sede di gara e tiene conto, altresì, dei contenuti delle singole offerte in relazione alle proprie specifiche esigenze".

Si è sottolineato come la predetta previsione codicistica potrebbe rappresentare una lesione del principio di concorrenza e ingenerare una conseguenza richiesta di disapplicazione da parte del concorrente primo in graduatoria, che si vedrebbe assoggettato al criterio della rotazione pur avendo presentato la miglior offerta

---

<sup>65</sup> Art 59 comma 5. "Quando un accordo quadro è concluso con più operatori economici, il numero di questi deve essere almeno pari a tre, purché vi sia un numero sufficiente di operatori economici che soddisfano i criteri di selezione, ovvero di offerte accettabili corrispondenti ai criteri di aggiudicazione".

<sup>66</sup> Art. 59 comma 6. "Gli appalti basati su accordi quadro conclusi con più operatori economici possono essere aggiudicati mediante applicazione delle condizioni stabilite nell'accordo quadro senza nuovo confronto competitivo".

<sup>67</sup> Art 59 comma 8. "Gli appalti basati su accordi quadro conclusi con più operatori economici, qualora l'accordo quadro non fissi tutte le condizioni, possono essere affidati solo dopo aver rilanciato il confronto competitivo fra le parti in base alle medesime condizioni, se necessario precisandole, e, se del caso, ad altre condizioni indicate nel capitolato d'onere dell'accordo quadro, secondo la seguente procedura:

a) per ogni appalto da aggiudicare le stazioni appaltanti consultano per iscritto gli operatori economici che sono in grado di realizzare l'oggetto dell'appalto;

b) le stazioni appaltanti fissano un termine sufficiente per presentare le offerte relative a ciascun appalto specifico tenendo conto di elementi quali la complessità dell'oggetto dell'appalto e il tempo necessario per la trasmissione delle offerte".

<sup>68</sup> art 59 comma 7 "Per il caso di cui al comma 6, l'aggiudicazione dell'accordo quadro contiene l'ordine di priorità, privilegiando il criterio della rotazione, per la scelta dell'operatore economico cui affidare il singolo appalto".

tecnico-economica<sup>69</sup>.

L'aggiudicazione dell'accordo quadro si baserà su una graduatoria di merito relativa alle offerte tecniche ed economiche, nell'ambito della quale sarà pressoché inevitabile per la stazione appaltante ricorrere ai concorrenti classificati in posizione deteriore al primo, al fine di selezionare le parti dell'accordo stesso. Un simile modo di operare dovrà perciò trovare adeguata giustificazione nell'effettiva esigenza di stipulare un accordo con più fornitori e, soprattutto, garantire che la seconda e la terza offerta classificate risultino conformi ai criteri di aggiudicazione previsti nel bando di gara.

Il criterio della rotazione non vale di per sé, dunque, a giustificare la scelta di affidare l'appalto ad un concorrente diverso da quello meglio classificato, dovendo una decisione del genere trovare fondamento in ragioni oggettive<sup>70</sup>.

Invece, nel caso b), presupposto per un rinnovato confronto fra i partecipanti all'accordo è che quest'ultimo non definisca tutte le condizioni contrattuali, rendendo indispensabile quindi un nuovo esame di ciò che sono disposte ad offrire le diverse imprese da parte del soggetto pubblico.

Il comma 8 dell'art. 59, prevede infatti che la ripresa del confronto deve avvenire alle medesime condizioni definite in sede di conclusione dell'accordo quadro, che, se necessario, possono essere meglio precisate, ovvero ad altre condizioni indicate nel capitolato d'onori dell'accordo quadro.

Il Codice fornisce una dettagliata descrizione della procedura con cui deve avvenire il rilancio competitivo, la quale risulta soggetta al rispetto di tre principi fondamentali: segretezza delle offerte, trasparenza, ragionevolezza.

In particolare è previsto che:

- a) per ogni appalto da aggiudicare le amministrazioni aggiudicatrici consultano per iscritto gli operatori economici che sono in grado di realizzare l'oggetto dell'appalto;
- b) le stazioni appaltanti fissano un termine sufficiente per presentare le offerte relative a ciascun appalto specifico tenendo conto di elementi quali la complessità dell'oggetto dell'appalto e il tempo necessario per la trasmissione delle offerte;
- c) le offerte sono presentate per iscritto e il loro contenuto deve rimanere riservato fino alla scadenza del termine previsto per la loro presentazione;
- d) le stazioni appaltanti aggiudicano ogni appalto all'offerente che ha presentato l'offerta migliore sulla base dei criteri di aggiudicazione fissati nel capitolato d'onori dell'accordo quadro.

Il principio di segretezza delle offerte viene garantito dal fatto che le offerte non possono essere aperte prima della scadenza del termine per il loro invio, evitando così che il soggetto pubblico possa prendere in visione il contenuto di alcune di esse e favorire indebitamente determinati operatori a danno di altri.

La trasparenza, invece, viene garantita attraverso l'uso delle comunicazioni scritte, intese a scongiurare il rischio di pratiche potenzialmente distorsive della concorrenza. Infine, il criterio della ragionevolezza è evidente allorché viene disposto che il termine di presentazione delle offerte debba essere stabilito in relazione a due criteri: la complessità dell'oggetto dell'appalto; il tempo necessario per la trasmissione delle offerte.

In base all'art. 85 comma 2 del Codice che disciplina il ricorso alle aste elettroniche viene affermato che *"le stazioni appaltanti possono stabilire di ricorrere all'asta elettronica in occasione del rilancio del confronto competitivo fra le parti di un accordo quadro"*. Ciò significa che, in questo caso, la classificazione delle offerte e la relativa aggiudicazione a quella migliore non sarà effettuata da una commissione ma da un sistema completamente automatizzato.

In tal caso, le aste elettroniche possono essere utilizzate quando le specifiche

---

<sup>69</sup> Cfr. L. Bellagamba, L'accordo quadro. Nella direttiva 2004/18/CE e nel codice dei contratti, op. cit.,

<sup>70</sup> Cfr. A. Massari e M. Greco, *Il nuovo codice dei contratti pubblici. Commento al D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163*, Rimini, 2006

dell'appalto siano determinabili in maniera precisa e la valutazione delle offerte rispondenti alle specifiche definite nel bando di gara sia effettuabile automaticamente da un mezzo elettronico, sulla base di elementi quantificabili in modo tale da essere espressi in cifre o percentuali (art. 85, comma 3).

Ai sensi del comma 9 dell'art. 59<sup>71</sup>, la durata di un accordo quadro non può superare i quattro anni, salvo casi eccezionali, debitamente motivati, in particolare dall'oggetto dell'accordo quadro. Il comma in esame detta un limite all'utilizzo dell'accordo quadro, stabilendo una limitazione temporale all'accordo stesso, eludibile solo in casi eccezionali doverosamente motivabili da parte della stazione appaltante. Pertanto, si tenta di assicurare la massima concorrenzialità delle procedure, dal momento che un accordo temporalmente troppo esteso rischierebbe di limitare la concorrenza e di escludere un buon numero di imprese medio-piccole dall'aggiudicazione dell'intesa quadro e dei relativi contratti applicativi, falsando così la concorrenza.

Nello stesso senso, il comma 10 dell'art. 59<sup>72</sup>, dispone che le stazioni appaltanti non possano ricorrere agli accordi quadro in modo abusivo o in modo da ostacolare, distorcere o limitare la concorrenza. Quest'ultima previsione è strettamente collegata a quella contenuta nel comma precedente, entrambe le statuizioni costituiscono i principi ispiratori dell'accordo quadro, che nessuna stazione appaltante può ignorare nella concreta applicazione dello strumento negoziale.

Senza il necessario rispetto di tali principi, l'accordo quadro rischia di prestarsi a quelle distorsioni della concorrenza e a quegli abusi che la normativa europea mira ad evitare, venendo meno alle finalità che gli sono proprie.

Perché tali accordi non ostacolino la concorrenza, e in particolare non escludano i nuovi operatori, deve ritenersi legittima la clausola per cui le amministrazioni aggiudicatrici si possono sempre riservare la possibilità di avviare una nuova procedura per l'aggiudicazione di un appalto pubblico con il sistema tradizionale, se intendono beneficiare di migliori condizioni<sup>73</sup>.

## 2. Le previsioni normative e i principi di ordine generale del sistema dinamico di acquisizione

I sistemi dinamici di acquisizione sono espressione del *favor* del legislatore europeo nei confronti dell'uso dei mezzi elettronici. Con la direttiva 2004/18/CE, come precedentemente affermato, viene dato espresso e definitivo riconoscimento da parte dell'ordinamento comunitario alle nuove tecnologie, non solo in funzione dei rapporti di comunicazione tra stazioni appaltanti ed operatori economici, ma come vero e proprio sistema di aggiudicazione degli appalti pubblici, alternativo a quelli tradizionali.<sup>74</sup>

Quanto ai mezzi di comunicazione, ai sensi dell'art. 77 del Codice, tutte le comunicazioni e tutti gli scambi di informazioni tra stazioni appaltanti e operatori economici possono avvenire, a scelta delle stazioni appaltanti, mediante posta, mediante fax, per via elettronica, per telefono, o mediante una combinazione di tali mezzi. Il mezzo o i mezzi di comunicazione prescelti devono essere indicati nel bando o, ove manchi il bando, nell'invito alla procedura.

Inoltre, è espressamente stabilito che quando le stazioni appaltanti chiedano o

---

<sup>71</sup> Art. 59 comma 9, "La durata di un accordo quadro non può superare i quattro anni, salvo in casi eccezionali debitamente motivati, in particolare, dall'oggetto dell'accordo quadro".

<sup>72</sup> Art. 59 comma 10. "Le stazioni appaltanti non possono ricorrere agli accordi quadro in modo abusivo o in modo da ostacolare, limitare o distorcere la concorrenza".

<sup>73</sup> Cfr. U. Realfonzo, *Accordo quadro e sistema dinamico di acquisizione*, atti Convegno Paradigma 2007 inedito

<sup>74</sup> Cfr. un percorso che favorisce una collaborazione costruttiva tra l'amministrazione e i candidati ammessi ricorrendo a un reciproco scambio di informazioni. M.Pani in "il dialogo competitivo su diritto dell'internet", 2006 (fasc. 6, pagg. 605-614)

acconsentano alle comunicazioni per via elettronica, gli strumenti da utilizzare per comunicare per via elettronica, nonché le relative caratteristiche tecniche, devono essere di carattere non discriminatorio, comunemente disponibili al pubblico e compatibili con i prodotti della tecnologia dell'informazione e della comunicazione generalmente in uso.

Il ricorso ai sistemi dinamici di acquisizione, non è però obbligatorio per i Paesi dell'Unione: come, infatti, risulta chiaramente dal disposto del comma 1 dell'art. 33, gli Stati membri "possono prevedere" la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di farvi ricorso.

Lo scopo perseguito dal legislatore comunitario è quello di consentire alle amministrazioni di avvantaggiarsi dei benefici offerti dalle nuove tecnologie, in termini di risparmio di spesa e di tempo, al fine di garantire una maggiore efficienza dell'azione amministrativa.

Infatti gli Stati membri possono introdurre nei propri ordinamenti interni la nuova figura, a condizione che sia garantito l'equo trattamento degli offerenti, non venga ostacolata, distorta o limitata la concorrenza e che coloro che sono interessati ad entrare nel sistema, non siano tenuti a versare contributi di carattere amministrativo. Per meglio comprendere siffatto sistema, quali siano le finalità dello stesso e come debba essere gestito, si deve fare riferimento ai c.d. mercati elettronici<sup>75</sup>: il mercato elettronico è stato definito come il luogo virtuale di acquisti di beni e servizi gestito attraverso una piattaforma informatica.

In esso il fornitore mette a disposizione cataloghi di prodotti consultabili dagli acquirenti, con possibilità per i fornitori di cambiare articoli, servizi e prezzi.

Il catalogo, in formato elettronico, elenca prodotti o servizi, descritti in forma omogenea, con l'indicazione di caratteristiche commerciali e tecniche.

In questo ambito, un importante precedente è costituito dal D.P.R. 4 aprile 2002, n. 101 sulle procedure telematiche per l'acquisto di beni e servizi.

In particolare, secondo l'art. 11 *"le Unità ordinanti delle amministrazioni, avvalendosi del mercato elettronico possono effettuare acquisti di beni e servizi direttamente dai cataloghi predisposti dagli utenti selezionati attraverso un bando di abilitazione"*.

In tal senso, alle amministrazioni è consentito effettuare acquisti tramite elenchi diretti, o emettere richieste di offerta da cataloghi di fornitori abilitati.

Si tratta quindi di una disposizione che in qualche misura tende ed anticipare gli odierni sistemi dinamici di acquisizione ai fini dell'acquisto di beni e servizi per via elettronica. Il nuovo DPS costituisce quindi un vero e proprio "mercato elettronico". Pertanto, se per le forniture e servizi di valore inferiore alla soglia comunitaria il legislatore italiano ha già previsto un mercato elettronico della Pubblica Amministrazione, con il D.P.R. n. 101/2002, è dunque evidente che il sopravvenire delle norme comunitarie e del codice possano direttamente integrare sopra la soglia le precedenti regole in materia di gare elettroniche.

I sistemi dinamici di acquisizione vengono così definiti dall'art. 3, comma 14: *"il sistema dinamico di acquisizione è un processo interamente elettronico, per acquisti di uso corrente le cui caratteristiche generalmente disponibili sul mercato soddisfano le esigenze di una stazione appaltante limitato nel tempo e aperto per tutta la sua durata a qualsivoglia operatore economico che soddisfi i criteri di selezione e che abbia presentato un'offerta indicativa conforme al capitolato d'onori"*. Questa definizione del codice ripropone in maniera pressoché identica quella della direttiva 18/2004.

Con l'introduzione di tale nuova procedura di affidamento, il Codice dà concreta attuazione a quanto auspicato dalla direttiva stessa nel Considerando n. 13 per il quale *"tenuto conto della rapida espansione dei sistemi di acquisto elettronici, occorre prevedere fin d'ora norme adeguate per consentire alle amministrazioni aggiudicatrici di trarre pienamente profitto dalle possibilità offerte da detti sistemi. In questa prospettiva occorre definire un*

---

<sup>75</sup> Cfr. F.Vella, I sistemi dinamici di acquisizione, in Quaderni del DAE, 2006

*Sistema dinamico di acquisizione interamente elettronico per acquisti di uso corrente e fissare norme specifiche riguardanti l'istituzione e il funzionamento di un siffatto sistema onde garantire l'equo trattamento degli operatori economici che desiderano farne parte. Qualsiasi operatore economico dovrebbe poter partecipare a detto sistema non appena presenta un'offerta indicativa conforme al capitolato d'onori e che soddisfa i criteri di selezione. Questa tecnica di acquisizione consente alle amministrazioni aggiudicatrici di disporre, grazie alla creazione di un elenco di offerenti già ammessi e alla possibilità offerta a nuovi offerenti di aderirvi, di un ventaglio particolarmente ampio di offerte grazie ai mezzi elettronici utilizzati e, quindi, di assicurare un'utilizzazione ottimale delle finanze pubbliche mediante un' ampia concorrenza".*

La definizione dell'art. 3, comma 14, evidenzia intanto che si tratta di "un processo interamente elettronico": pertanto, le stazioni appaltanti devono fare esclusivamente uso del mezzo elettronico sia nella fase di istituzione del sistema, sia nella fase di aggiudicazione degli appalti specifici.

Già da tale definizione, possono trarsi alcuni caratteri dell'istituto in commento:

- a) si tratta di una procedura interamente elettronica, nel senso che l'intero sistema, dal momento della presentazione dell'offerte, fino alla fase di selezione dell'offerta finale, viene gestito in modo pressoché automatizzato dall'elaboratore elettronico;
- b) finalizzato all'effettuazione di "acquisti di uso corrente", definiti come quei beni le cui caratteristiche generalmente disponibili sul mercato soddisfano le esigenze dell'amministrazione aggiudicatrici;
- c) limitato nel tempo, nel senso che l'art. 50, comma 13, è chiaro nel prevedere che la sua durata non possa superare i quattro anni tranne in casi eccezionali debitamente giustificati;
- d) aperto a qualsivoglia operatore economico.

Di fatto il sistema si risolve quindi in un elenco elettronico di operatori qualificati in base ad offerte indicative, che di volta in volta sono invitati a presentare offerta per le singole gare.

## **2.1 Ambito di applicazione della procedura.**

Ai sensi del comma 1 dell'art. 60, il sistema dinamico di acquisizione è una procedura alla quale le stazioni appaltanti possono ricorrere esclusivamente per l'affidamento di forniture di beni e servizi standardizzati e di uso corrente, con esclusione quindi dell'affidamento di lavori pubblici che non possono essere considerati "acquisti di uso corrente" e non presentano caratteristiche normalmente e "generalmente disponibili sul mercato".

L'oggetto dei contratti deve essere costituito infatti da "beni e servizi tipizzati e standardizzati", intendendosi per servizio tipizzato o standardizzato un prodotto o servizio uguale ad un modello o tipo prefissato, che abbia dunque dimensioni e caratteristiche prefissate.

Deve quindi trattarsi di beni e servizi da fornire in serie, uguali al modello fissato dalla stazione appaltante, disponibili per qualunque utente o consumatore.

Sono esclusi dal ricorso dalla procedura in argomento i contratti di fornitura o servizi da realizzare in base a specifiche tecniche del committente che, per la loro complessità, non possono essere valutati tramite il sistema dinamico di acquisizione.

Pertanto oggetto di acquisto tramite un sistema dinamico di acquisizione potranno essere unicamente beni standardizzati, ossia dotati di caratteristiche insuscettibili di essere variate ad opera del produttore, ovvero comunque dotati di un nucleo di caratteristiche primarie insuscettibili di modifica, potendo invece essere oggetto di intervento, comunque non sostanziale, soltanto caratteristiche secondarie del prodotto.

Inoltre deve trattarsi di beni abitualmente acquistati dalla stazione appaltante, secondo la configurazione oggetto di gara.

## **2.2 La procedura**

Occorre innanzitutto rimarcare che il Sistema dinamico di acquisizione è un processo interamente elettronico. Pertanto le stazioni appaltanti che ricorrono a tale sistema di scelta del contraente devono fare esclusivo uso di strumenti elettronici che gestiscono il

sistema in modo automatizzato, dal momento della presentazione delle offerte indicative e fino alla fase di selezione dell'offerta finale. Inoltre, trattandosi di una procedura di tipo aperto, le stazioni appaltanti devono garantire la massima partecipazione degli operatori economici provvedendo a fornire ad essi tutte le informazioni necessarie; si applicano pertanto, in tutte le sue fasi, le norme sui bandi e avvisi (art. 63 e seguenti), sulle modalità di presentazione dell'offerta (art. 74 e 75), sulle forme di comunicazioni e sulle informazioni ai candidati e agli offerenti (art. 77 - 80), sui criteri per la scelta dell'offerta migliore (art. 81 e seguenti).

Il procedimento del sistema dinamico di acquisizione è suddiviso quindi in due fasi: quella di ammissione al sistema e quella dei successivi "*confronti concorrenziali*" tra le imprese che sono state ammesse o che hanno comunque presentato un'offerta indicativa idonea.

Entrambe le fasi si caratterizzano come procedure aperte, alle quali sono ammesse tutte le imprese che rivestono certi requisiti oggettivi e presentano offerte coerenti con il capitolato d'onori.

Il sistema dinamico di acquisizione si caratterizza inoltre per i seguenti elementi:

a) dinamismo della partecipazione, proprio perché la procedura non preclude accessi successivi al momento dell'istituzione del sistema né esclude l'onere di far precedere il confronto concorrenziale da un invito a offrire;

b) dinamismo delle offerte, nel senso che la presentazione di un'offerta indicativa non esclude la possibilità di successivi miglioramenti, ferma la coerenza con il capitolato d'onori;

c) concorrenzialità della procedura, nel senso che non è possibile all'amministrazione aggiudicatrice assegnare l'appalto in pendenza del termine per l'ammissione al sistema o prima di avere concluso la valutazione di tutte le offerte indicative presentate entro il termine.

d) impossibilità di porre a carico degli operatori economici interessati o dei partecipanti al sistema contributi di carattere amministrativo (settimo comma ultimo paragrafo)<sup>76</sup>.

Come precedentemente affermato il sistema dinamico si articola quindi in due fasi separate: quella di impianto e quella del confronto concorrenziale nelle singole gare.

### **2.2.1 procedimento di impianto del sistema**

Con il bando, pubblicato anche secondo le modalità tradizionali, l'ente specifica che intende realizzare un sistema dinamico di acquisizione, con indicazione della relativa durata, sollecitando i fornitori interessati alla presentazione di un'offerta indicativa.

Nel Capitolato d'onori, l'ente appaltante deve precisare la natura degli acquisti che sono oggetto del sistema. E' necessario, inoltre, indicare tutte le altre informazioni idonee a garantire la massima partecipazione dei concorrenti. Le informazioni devono riguardare il sistema di acquisizione, l'attrezzatura elettronica utilizzata, nonché tutti i dettagli pratici e le specifiche tecniche di connessione.

Deve essere, inoltre, garantito un accesso libero, dal momento della pubblicazione del bando fino alla conclusione della procedura, diretto e completo per via elettronica al capitolato d'onori e a qualsiasi documento complementare, con l'indicazione nel bando di gara dell'indirizzo Internet presso il quale è possibile consultare tali documenti. Le stazioni appaltanti, pertanto, fin dal momento dell'istituzione del sistema dinamico di acquisizione, devono fornire tutte le informazioni necessarie a garantire la massima partecipazione dei concorrenti, così come è prescritto per le procedure di gara aperte non elettroniche.

A seguito della pubblicazione del bando di gara, gli operatori economici interessati in possesso dei requisiti richiesti, possono presentare domanda di partecipazione corredandola con una offerta indicativa, conforme a quanto richiesto dal capitolato speciale e degli eventuali documenti complementari.

Per offerta indicativa deve intendersi quell'offerta che, sulla base di quanto richiesto dal capitolato, ciascun operatore economico interessato ritiene di poter effettuare: la sua funzione è quella di consentire una prima selezione tra gli operatori economici che

---

<sup>76</sup> Cfr. U. Realfonzo, *Accordo quadro e sistema dinamico di acquisizione* op. cit.

verranno ammessi a partecipare al sistema dinamico di acquisizione. Infatti, vengono esclusi coloro che hanno presentato le offerte in assoluto meno convenienti per la stazione appaltante, non solo dal punto di vista economico, ma anche in riferimento ai valori oggetto di specifica valutazione in base ai punteggi definiti dal capitolato<sup>77</sup>.

Per la presentazione di questa offerta non è previsto alcun termine di decadenza, se non quello di durata massima del sistema dinamico di acquisizione: infatti tutti gli operatori economici che soddisfano i criteri di selezione sono ammessi al sistema (comma 3), e possono presentare un'offerta indicativa per tutta la durata del sistema (comma 7).

Si tratta, pertanto, di un sistema che rimane aperto per tutta la sua durata a qualsivoglia operatore economico che soddisfi i criteri di selezione e che abbia presentato un'offerta indicativa conforme al capitolato d'onori: si tratta di una procedura estremamente flessibile, che consente, per tutta la sua durata quadriennale, non solo il continuo ingresso di nuovi operatori e l'adeguamento della sua composizione all'evoluzione dei mercati, ma anche il continuo rilancio del confronto competitivo secondo le emergenti necessità della stazione appaltante<sup>78</sup>.

Ad ogni modo, l'amministrazione precedente dispone di un termine pari a 15 giorni per operare la valutazione delle offerte presentate; questo termine può, peraltro, essere prorogato, ma nel solo caso in cui non sia ancora stato pubblicato alcun bando di gara semplificato per l'aggiudicazione di un eventuale appalto (comma 8).

Il termine, quindi, non è perentorio, ma la stazione appaltante non può, nel frattempo, esperire il confronto concorrenziale per un appalto specifico da aggiudicare.

Il prolungarsi della valutazione infatti pregiudicherebbe l'interesse dell'operatore a presentare l'offerta per l'appalto specifico.

In ogni caso l'operatore economico che ha presentato un'offerta indicativa ha il diritto di essere informato al più presto in merito alla sua ammissione o esclusione (comma 9). Si deve comunque evidenziare che la presentazione dell'offerta indicativa serve unicamente per essere ammessi al sistema.

La fase di ammissione ha lo scopo di individuare i possibili futuri offerenti per l'appalto specifico, che verrà indetto in un momento successivo e di vagliarne preventivamente i requisiti d'idoneità soggettiva (requisiti di carattere generale e tecnico-economici) ed oggettiva, funzionali al sistema. Ma l'ammissione al sistema dinamico è qualcosa che va al di là della mera qualificazione tipica delle gare ordinarie (e che come è noto concerne solo l'accertamento del possesso dei requisiti soggettivi e di capacità tecnico economica) infatti, implicando una prognosi favorevole sull'intera gamma o solo su alcuni prodotti offerti, si risolve in un'abilitazione vera e propria a partecipare a tutti gli appalti che verranno aggiudicati nel corso di validità del sistema stesso, che non può mai essere superiore ai 4 anni.

Per poter essere ammessi al sistema, gli operatori economici interessati devono soddisfare, in primo luogo, i criteri di selezione previsti nel bando di gara pubblicato per l'istituzione del sistema e presentare un'offerta indicativa conforme al capitolato d'onori e agli eventuali documenti complementari indicati nel sistema istituito come sopra.

L'ammissione al sistema dà diritto, quindi, ad essere invitati a presentare la vera e propria offerta, allorquando la stazione appaltante avrà deciso di indire la gara per l'appalto specifico. Se non si viene ammessi al sistema perché i requisiti non soddisfano i criteri di selezione o l'offerta indicativa non è conforme al capitolato d'onori e ai documenti complementari, l'operatore non potrà partecipare a qualsiasi gara per i successivi appalti specifici.

Ci si è chiesti, in dottrina, quale valore può avere l'offerta indicativa per gli appalti

---

<sup>77</sup> Cfr. C. Giurdanella e E. Guarnaccia, La consacrazione degli appalti elettronici nella direttiva 18/2004/CE, in [www.telejus.it](http://www.telejus.it).

<sup>78</sup> Cfr. G.D. Comporti, Codice dei contratti pubblici, Milano, 2007

specifici.

Per alcuni, in realtà, essa non crea alcun vincolo nella fase successiva di confronto concorrenziale, specialmente per le condizioni economiche: serve solamente ad essere ammessi al sistema e -è stato ritenuto- concerne la natura e le caratteristiche dei prodotti o dei servizi indicati nel capitolato d'oneri e documenti complementari, alla cui stregua verrà valutata la stessa ai fini dell'ammissione al sistema<sup>79</sup>.

In realtà il vincolo per il concorrente ha un rilievo di carattere tecnico: il candidato non potrà peggiorare i livelli qualitativi, sulla cui base è stato ammesso ad offrire.

È comunque evidente che nell'appalto specifico la natura e le caratteristiche dei prodotti e dei servizi non potranno discostarsi da quelle indicate con l'istituzione del sistema e ciò deve ritenersi valido sia per la stazione appaltante, sia per l'operatore economico.

Successivamente, dopo essere stati ammessi al sistema, per tutta la durata, gli operatori possono migliorare la loro offerta indicativa. Quest'ultima dunque non è immutabile, e può essere migliorata in ogni momento, purché resti conforme al capitolato d'oneri e ai documenti complementari (comma 4).

L'offerta indicativa, quindi, è il presupposto ineluttabile per l'ammissione degli operatori interessati al sistema e garantirà loro la partecipazione alle singole gare che verranno indette nell'intero corso di validità del sistema stesso.

### **2.2.2 Fase del confronto concorrenziale nelle singole gare**

Il principio cardine di funzionamento è posto dal primo periodo del 10° comma dell'art.60 del codice, per cui "*Ogni appalto specifico deve essere oggetto di un confronto concorrenziale*".

Anche tale fase deve essere preceduta dalla pubblicazione di un bando di gara semplificato, con cui si invitano non solo i soggetti che già fanno parte del sistema dinamico, ma "*tutti gli operatori economici interessati*".

Gli abilitati hanno un interesse legittimo particolarmente qualificato a essere invitati a tutti gli appalti specifici che gli enti aggiudicatori indicano nel periodo di validità del sistema, ma anche coloro che abbiano presentato "*un'offerta indicativa entro un termine che non può essere inferiore a 15 giorni a decorrere dalla data di invio del bando di gara semplificato*".

La norma, al fine di scongiurare il rischio di creare sistemi chiusi di fornitori, mira a consentire la partecipazione del maggior numero possibile di operatori economici, offrendo, così la possibilità anche a coloro che non avessero presentato offerta indicativa nei termini, di farlo in concomitanza con l'aggiudicazione del singolo specifico appalto.

E' questo elemento che consente di definire il procedimento come sistema aperto dato che, anche in un momento successivo all'atto della pubblicazione dell'originario, ogni operatore che sia interessato potrà sempre chiedere in esito al bando semplificato, di essere abilitato presentando un'offerta indicativa (che dovrà perentoriamente essere valutata dell'ente appaltante entro e non oltre 15 giorni dalla data di presentazione).

Il comma 10 dell'art. 60 afferma infine il principio di impermeabilità tra la prima fase dell'abilitazione e quella dei futuri confronti concorrenziali, per cui solo una volta che avranno esaurito la verifica delle nuove richieste di invito, le amministrazioni aggiudicatrici possono invitare tutti gli offerenti ammessi nel sistema a presentare un'offerta per ogni appalto specifico da aggiudicare nel quadro del sistema, dando loro un termine sufficiente per la presentazione delle offerte.

Soltanto dopo aver terminato la valutazione di tutte le offerte indicative presentate nel termine assegnato con il bando di gara semplificato, la stazione appaltante può procedere al confronto concorrenziale.

### **2.2.3 I criteri di aggiudicazione della gara**

L'appalto è aggiudicato naturalmente all'offerente che ha presentato la migliore offerta in base ai criteri di aggiudicazione enunciati nell'originario bando di gara per l'istituzione del

---

<sup>79</sup> Cfr. F.Vella, i sistemi dinamici di acquisizione, in Quaderni del DAE, 2006

sistema dinamico di acquisizione. Tuttavia la norma consente, all'occorrenza, che nell'invito al confronto concorrenziale detti criteri possano essere precisati.

Comunque, trattandosi di un sistema al quale si applicano espressamente le norme sulla procedura aperta (comma 2) ed essendo lo strumento utilizzato interamente elettronico, l'aggiudicazione potrà avvenire a favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ovvero a favore di quella recante indicazione del prezzo più basso, secondo quanto originariamente indicato nel bando di gara per l'istituzione del sistema dinamico di acquisizione.

La stazione appaltante può stabilire di ricorrere all'asta elettronica, quale procedura di aggiudicazione (art.85).

In tal caso, le aste elettroniche possono essere utilizzate quando le specifiche dell'appalto possono essere fissate in maniera precisa e la valutazione delle offerte rispondenti alle specifiche definite nel bando di gara sia effettuabile automaticamente da un mezzo elettronico, sulla base di elementi quantificabili in modo tale da essere espressi in cifre o percentuali (art. 85, comma 3).

Sia le disposizioni sul sistema, sia quelle sull'asta stabiliscono che le stazioni appaltanti non possono ricorrere alla procedura di gara del sistema dinamico di acquisizione o alle aste elettroniche in modo da ostacolare, limitare o distorcere la concorrenza.

L'asta elettronica prevede poi due criteri alternativi applicabili:

- il criterio del prezzo più basso;
- il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, quando l'aggiudicazione è pronunciata sulla base sia di prezzi, sia dei valori di vari elementi dell'offerta indicati negli atti di gara: in questo caso i valori degli elementi devono essere quantificabili per essere compatibili con il mezzo elettronico.

Gli ultimi tre commi dell'articolo 60 si preoccupano di dettare delle, seppur scarse, regole a tutela dei principi di concorrenza e par condicio tra i concorrenti.

Innanzitutto, il comma 13 prevede che un sistema dinamico di acquisizione non possa superare quattro anni, tranne in casi eccezionali debitamente giustificati.

Si tratta quindi di una procedura che ha una durata limitata nel tempo: in particolare, per quanto concerne il dies a quo dal quale far decorrere il termine quadriennale, secondo parte della dottrina dovrebbe farsi riferimento al momento in cui viene pubblicato il bando di gara con cui viene indetta l'apertura del sistema dinamico di acquisizione, ai sensi di quanto previsto dal comma 6<sup>80</sup>. Infine, il comma 15 dispone che non possono essere posti a carico degli operatori economici interessati o dei partecipanti al sistema contributi di carattere amministrativo: si tratta quindi di un sistema assolutamente gratuito, secondo quanto disposto dall'art. 33, comma 7, della direttiva 2004/18.

Il sistema dinamico potrebbe essere un utile elemento per poter procedere, anche sotto soglia, a procedure di acquisto decisamente più trasparenti e snelle, ricorrendo all'elenco elettronico dei prodotti e dei relativi fornitori.

Chi volesse realmente velocizzare le procedure economiche per beni di uso corrente, di cui all'art. 125 del Codice, potrebbe collegare il sistema economico con il sistema dinamico, in sostanza individuando le imprese con cui trattare o da invitare, utilizzando i cataloghi e le imprese già abilitate.

Se si tiene conto che i volumi per gli acquisti c.d. minori assorbono percentuali elevatissime sul totale degli acquisti, la soluzione potrebbe portare ad utilità di sistema non trascurabili.

---

<sup>80</sup> Cfr. F.Pittaluga, Direttiva 2004/18/CE il sistema dinamico di acquisizione, in [www.altalex.it](http://www.altalex.it).

## PARTE SECONDA

### Le aste elettroniche nell'esperienza concreta

#### 1. Il settore pubblico

Nel concreto, appare utile in questa seconda parte ribadire, come dietro il termine *e-procurement* si celi quindi un nuovo mondo ricco di opportunità e precisamente la possibilità di acquistare e vendere beni e servizi sfruttando le potenzialità di Internet, con tutte le possibili economie di scala che ciò comporta.

Il settore pubblico -e questo per la nostra esperienza risulta essere un fatto abbastanza inusuale- ha fatto da apripista nel Paese e da tempo esistono piattaforme di *e-procurement* per la pubblica amministrazione, anche a livello regionale o di macro-regioni.

Dopo un inizio ovviamente difficoltoso, dato non solo dalla forte innovazione tecnologica, ma anche dalla necessità di una adeguata preparazione all'uso di tali strumenti, è negli ultimi anni che *l'e-procurement* comincia a conquistare seriamente la Pubblica Amministrazione italiana.

In effetti, il 2007 ha visto un forte incremento di tali metodologie di acquisto, pari al 390% rispetto al 2006. Lo dicono i dati dell'Osservatorio *e-procurement* nella Pubblica Amministrazione della School of Management del Politecnico di Milano<sup>81</sup>.

La Ricerca 2007 dell'Osservatorio è basata sull'analisi diretta di oltre 140 tra Enti pubblici e fornitori della Pubblica Amministrazione italiana e circa 20 provider, pubblici e privati, di soluzioni di *e-procurement* rivolte alla Pubblica Amministrazione. I dati sono interessanti: ammonta a un miliardo e 232 milioni di euro il volume di scambi gestito attraverso applicazioni di *e-procurement* dalla P.A. italiana nel 2006, con un trend di crescita del transato molto significativo rispetto al 2005, +389%. Il trend è ancora più rilevante se si considera l'incremento nel biennio 2004-2006, che ha visto il totale transato aumentare di più di un ordine di grandezza.

Tuttavia, in termini assoluti, il valore complessivo rappresenta ancora una percentuale poco significativa della spesa gestita attraverso strumenti di *e-procurement*, pari a circa l'1% del totale acquistato dalla P.A. italiana.

Di tale volume, circa il 90% di scambi è relativo a gare e aste *online* (che possono essere utilizzate anche per singole negoziazioni di importo molto elevato), mentre il restante 10% è intercettato da mercati elettronici, cataloghi di vendita di operatori privati e negozi online a supporto delle convenzioni.

Il valore delle transazioni basate sul mercato elettronico e sui cataloghi *online* è pari a circa 48 milioni di euro: un valore limitato, anche se prodotto da un numero elevato di ordini di importo ridotto.

Circa l'80% di questi volumi è legato al MEPA (mercato elettronico della Pubblica Amministrazione) di Consip, la cui crescita rispetto al 2005, di fatto traina la crescita complessiva del transato con questi strumenti. Il valore dell'acquistato nel 2006 attraverso negozi legati a convenzioni da parte delle P.A. italiane è di 121 milioni di euro e in buona crescita (+384%) nel corso del 2006.

La ricerca ha, infine, analizzato quali siano stati, nell'ultimo anno, i principali approcci organizzativi all'*e-procurement* degli Enti pubblici italiani: con quali obiettivi si è deciso di operare, con quale ruolo del *commitment*, e con quali azioni di supporto al cambiamento. Lo scopo dell'analisi era comprendere come tali approcci abbiano influito sul percorso di adozione dell'Ente o sul *livello di maturità*. E qui si passa, attraverso cinque variabili

---

<sup>81</sup> Atti del Convegno "L'e-procurement nella Pubblica Amministrazione: il grande salto" organizzato dall'Osservatorio *e-procurement* nella Pubblica Amministrazione del Politecnico di Milano, a Milano, settembre 2007, con il supporto di BravoSolution, Consip, i-Faber, ITP e RS Components.

*"dagli Enti con un buon livello di maturità qualitativa nell'utilizzo di questi strumenti, agli Enti che da Infanti - iniziando un processo di sperimentazione e apprendimento più o meno convinto - stanno passando allo stadio della Adolescenza, più impegnati nello sviluppo di piattaforme di e-procurement. Ma non mancano i tanti Peter Pan, Enti con esperienze che non evolvono con il tempo o addirittura che tornano indietro come Gamberi"<sup>82</sup>.*

Negli ultimi anni, sulla base delle esperienze maturate nella Pubblica Amministrazione e delle economie che, a tutta evidenza, vengono realizzate attraverso gli strumenti elettronici, anche il settore privato ha iniziato ad utilizzare piattaforme di e-procurement, tali da mettere in grado le imprese di approvvigionarsi di beni, ivi comprese le materie prime necessarie alla produzione, i servizi, gli impianti e tutto ciò che serve acquistare per far funzionare un'azienda.

Dalla analisi di queste esperienze, appare interessante approfondire queste tematiche, attraverso alcuni esempi concreti di esperienze di *e-procurement*, sia nell'ambito della pubblica amministrazione che dell'industria privata.

In primo luogo bisogna evidenziare come la premessa indispensabile affinché il sistema funzioni sia rinvenibile nella esistenza di piattaforme specializzate, in grado di fornire non solo i necessari automatismi ed una contrattualistica adeguata, ma anche idonei meccanismi di garanzia, atti ad assicurare efficienza e trasparenza del sistema.

Al momento, le maggiori piattaforme disponibili sono, in primis quella di Consip, società per azioni del Ministero dell'Economia e delle Finanze (MEF), che ne è l'azionista unico, la quale opera secondo i suoi indirizzi strategici, al servizio esclusivo delle pubbliche amministrazioni.

Esistono poi altre piattaforme, quali quelle offerte da Bravo Solution, i-Faber, ITP e RS Components.

Tali piattaforme, rivolte sia al settore pubblico che a quello privato, consentono, in particolare per quanto riguarda il settore pubblico, nel rispetto dei requisiti di trasparenza, par condicio e non discriminazione:

- lo svolgimento via telematica di gare sotto e sopra soglia comunitaria in busta chiusa, con procedure aperte, ristrette e negoziate, con criterio di aggiudicazione al "prezzo più basso" o secondo "l'offerta economicamente più vantaggiosa", con forte crescita dell'efficienza di processo,
- la gestione telematica del processo di qualificazione dei fornitori,
- lo snellimento delle attività di comunicazione e pubblicazione dei bandi di gara, nel rispetto delle modalità previste dalle normative nazionali ed europee,
- l'efficiente gestione di programmi di pianificazione e aggregazione della spesa da parte delle Centrali di Acquisto delle diverse amministrazioni,
- la riduzione dei tempi previsti dalla normativa per la gestione delle diverse fasi del processo di gara (pubblicazione bando, ricevimento offerte, ecc.) per le stazioni appaltanti che decidono di utilizzare procedure telematiche<sup>83</sup>.

Prima di entrare nel concreto di alcune esperienze, ci preme evidenziare come, a nostro parere, la piattaforma più utile, almeno per le pubbliche amministrazioni, risulti essere quella offerta da CONSIP.

Ciò, in quanto l'art. 52 del T.U. sull'amministrazione digitale prevede il riuso del software. Ossia, il software utilizzato dalla piattaforma, oltre ad essere sempre e costantemente aggiornato alla luce delle modifiche legislative adottate, può essere ceduto ad altre pubbliche amministrazioni, le quali, presentando richiesta al CNIPA e previo pagamento dei diritti di uso, utilizzano il software, modificato secondo le esigenze e le specificità delle stesse.

Infine, bisogna sempre tenere presente la distinzione, come ampiamente in precedenza trattato, tra le aste elettroniche e le gare telematiche, essendo spesso rilevabile una certa confusione terminologica tra i due istituti.

---

<sup>82</sup> Atti Convegno Politecnico Milano cit.

<sup>83</sup> tra tutte: <https://www.bravosolution.com>

Una recente sentenza del TAR Lazio<sup>84</sup>, conferma questa differenziazione, nell'ambito di una controversia sull'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria di una procedura ristretta indetta per l'affidamento di un servizio biennale di vigilanza, il cui bando prevedeva l'invio telematico delle offerte economiche. Con il ricorso, la ricorrente denunciava, tra l'altro, la violazione della disciplina di cui all'art. 85, commi 6 e 7, del Codice Contratti (D.lgs. n. 163/2006), relativa alle modalità di svolgimento delle aste elettroniche. Il Collegio ha ritenuto tale doglianza priva di fondamento in quanto, qualora un'amministrazione -come nel caso in esame- bandisce una procedura ristretta caratterizzata dal fatto che le offerte debbano essere trasmesse per mezzo di strumenti telematici, ciò non consente di qualificare automaticamente la gara come asta elettronica senza una specifica previsione del bando in tal senso, né conseguentemente può far scattare l'applicazione della relativa disciplina normativa, contenuta nell'art. 85 del Codice, considerato che il ricorso ad un'asta elettronica per l'aggiudicazione dell'appalto deve essere espressamente indicato nel bando di gara (art. 85, 5° comma, del Codice).

In conclusione, la gara in questione è stata ritenuta soggetta alla sola applicazione degli artt. 220 e 226 del "Codice dei Contratti" relativi alle procedure ristrette; con l'unica eccezione del comma 7 dell'art. 85, relativo all'invio telematico delle offerte economiche in un'asta elettronica, ma solo in quanto espressamente richiamato dalla *lex specialis*.

Ciò premesso, possiamo finalmente arrivare alla verifica di alcuni esempi concreti di aste elettroniche e di gare telematiche, portando la nostra attenzione anche su esperienze di negoziazioni elettroniche nell'ambito del settore privato, il quale, pur non dovendo sottostare, evidentemente, alla normativa pubblica in materia, avendo colto le potenzialità e le opportunità che potevano venire da questo strumento, ha iniziato ad utilizzarlo per transazioni in ambito, ad es., confindustriale.

## 2. Esperienze nel settore privato

Iniziando dal settore privato, un settore il quale, evidentemente, non è tenuto al rispetto delle disposizioni legislative in materia di contratti pubblici, un nuovo servizio di negoziazioni *on line* è stato messo a disposizione: la Business Community Confindustria.

Tale strumento, messo a disposizione delle 123 mila imprese associate al sistema confindustriale ha consentito risparmi, che durante una prima fase sperimentale di tre mesi sono stati pari a una media di 25 mila euro per azienda, su un totale di negoziazioni che ha raggiunto un volume di 10,2 milioni di euro.

È da qui che ha mosso i suoi primi passi la Business Community Confindustria, uno spazio sul *web* creato, con la collaborazione di Bravo Solution del Gruppo Italcementi, per acquistare beni e servizi.

Dalla sperimentazione si è ora passati all'attività a pieno regime. Per constatarlo basta che le imprese si registrino al sito Business Community Confindustria. Inserendo la partita Iva si accederà alla propria scheda già precompilata grazie alla capacità del sistema di riconoscere l'associato. Da qui, il passo successivo indispensabile: quello di profilarsi come venditore o come acquirente. Una comunità che si fa mercato con un click. Da una parte i fornitori, dall'altra i clienti, con vantaggi per entrambi, soprattutto quello, per le piccole e medie imprese, di poter usufruire di una piattaforma tecnologica fino ad oggi appannaggio dei soli grandi gruppi industriali.

La negoziazione *on line* viene attivata da un'impresa acquirente che predispone un capitolato di fornitura, sceglie i potenziali fornitori del servizio o del bene di cui ha bisogno e richiede a questi di avanzare delle proposte. Una volta messe sul piatto, il compratore ha a disposizione tre scelte: accettare una delle offerte, richiederne altre, indire un'asta, ovviamente sul web. Una negoziazione, quella su Internet, messa a disposizione dalla Business Community di Confindustria che offre più di un vantaggio e non solo economico: miglior rapporto tra la qualità e il prezzo, riduzione dei tempi negoziali, definizione di

---

<sup>84</sup> Sentenza TAR Lazio, Sez. II ter, n. 1972 del 3 marzo 2008.

capitolati di fornitura completi (in grado di migliorare il rapporto con i rivenditori), ampliamento del mercato di fornitura, possibilità di richiedere l'assistenza degli esperti di Bravo Solution, con il compito di definire la migliore strategia nelle varie fasi di acquisto, aiutare a redigere i capitolati, analizzare le offerte, indicare quale può essere la modalità migliore per concludere la negoziazione.

Pur virtuale, il gioco del mercato è sempre lo stesso. C'è chi vende, e potrà accedere alla community gratuitamente per promuovere i propri beni o servizi. E c'è chi compra. Con l'impegno, in questo caso, di pagare il servizio di negoziazione messo a disposizione dalla Business Community Confindustria, i cui costi varieranno in base al valore della transazione (che non può essere inferiore ai 100 mila euro) e alla scelta di avvalersi o meno del supporto degli esperti di Bravo Solution.

### 3. Il "caso" Genova

Come esempi di aste elettroniche svolte da pubbliche amministrazioni, appare interessante rappresentare, il caso del Comune di Genova, il quale, peraltro, così come Business Community Confindustria, utilizza la piattaforma predisposta da Italcementi e già da noi analizzata, la Bravo Solution.

#### 3.1 Conclusioni sull'esperienza di Genova

Nel concreto dell'esperienza del Comune di Genova, possiamo così sintetizzare il risultato delle gare on line, svoltesi dal 2001 al 2006:

<u>PARAMETRI ANALISI</u>	<u>VALORI</u>
Totale negoziazioni on line gestite	91
Fornitori coinvolti nelle negoziazioni	557
Transato di riferimento gara - cumulativo	€ 9.460.000
Saving complessivo realizzato	€ 2.279.000
Saving percentuale realizzato	24%

Tali dati sono riferibili al calcolato sul valore di aggiudicazione effettivamente transato con competenza pluriennale, per tutte le gare svolte dal 2001 sino al 31.12.2006 dal Comune di Genova.

Per quanto, infine, concerne le tipologie merceologiche coinvolte nelle operazioni di gare *on-line* del Comune di Genova, si riportano, nella tabella di seguito indicata, gli acquisti effettuati, nel 2006, per quei beni e servizi, i quali, se già di per sé beneficiano normalmente di economie di scala per acquisti aggregati, risultano ancor più convenienti grazie alla leva telematica:

**ACQUISTI TRASVERSALI ON LINE - ANNO 2006<sup>85</sup>**

PRINCIPALI CATEGORIE MERCEOLOGICHE	BASI GARA in Euro	SAVING in Euro
PULIZIA	457.000	17.600
STAMPATI	187.630	67.630
MANUTENZIONE DISPOSITIVI SICUREZZA	262.500	210.000
VESTIARIO	74.759	24.233
SPESE FUNZIONAMENTO VEICOLI	83.333	40.833
TRASPORTI E TRASLOCHI	275.000	67.513
ARREDI SCOLASTICI	139.927	42.377
MATERIALI IGIENICO SANITARI PER NIDI	50.000	6.639
AUSILI E PRODOTTI FARMACEUTICI	83.000	42.945
ACQUISTO AUTO E MOTOMEZZI	266.500	40.531
MATERIALE FERROSO, PER VERDE, LEGNAME	36.383	2.568
HARDWARE E SOFTWARE	129.150	34.233
<b>TOTALI</b>	2.045.182	597.102

### 3. Prospettive delle procedure informatizzate di acquisto

Nell'ambito del mercato privato, nonostante i fatti abbiano smentito le prospettive entusiastiche degli scorsi anni nei riguardi dell'*e-commerce* alla fine degli anni novanta, le aste *on line* stanno ottenendo un progressivo e sempre più rilevante successo. Specialmente nel settore del commercio tra imprese e consumatori finali (*business-to-consumer*), le aste hanno assunto un ruolo importante soprattutto come strumento di *pricing* dinamico.

Il settore pubblico, le cui aste devono essere riportate, sotto il profilo economico, al modello dell'aste *business to business* (cioè transazioni dove sia i venditori che i compratori sono imprese) rappresentano una possibilità ancora non sufficientemente sfruttata ma con buone prospettive di sviluppo.

L'interesse delle imprese in questo settore appare estremamente differenziato in ragione delle relative dimensioni.

Le imprese che ritengono di poter essere avvantaggiate in questo tipo di aste sono soprattutto le aziende leader nel loro settore, che pensano di poter trarre un vantaggio competitivo da una procedura più trasparente, che consente loro di far valere il loro potenziale in termini di qualità, innovazione tecnologica, e capacità di produzione.

<sup>85</sup> Cfr. <https://www.bravosolution.com>

La Confindustria nel suo "Progetto Concorrenza" del 2006 (coordinato da Innocenzo Cipolletta, Stefano Micossi e Giangiaco Nardozi), aveva sottolineato che il maggior dispiegarsi delle dinamiche di mercato è vissuto invece come una forte penalizzazione della propria capacità competitiva dalle piccole e dalle medie imprese. Ciò è dimostrato proprio dalla scarsità delle imprese che si sono munite di firme elettroniche: le firme digitali messe a disposizione delle imprese dalle Camere di Commercio, fin dal 2005, sono rimaste senza acquirenti nonostante il "prezzo politico".

Al riguardo le ragioni sono molteplici.

La prima è che le aziende minori non sono state adeguatamente informate sulle modalità di funzionamento dei nuovi istituti e, quindi, non hanno compreso bene le reali potenzialità. Gli operatori economici vedono le aste elettroniche non come fattori di semplificazione, ma come ulteriore complicazione burocratica.

Le aziende di minori dimensioni temono, poi, che le aste elettroniche vanifichino le loro posizioni ed i loro profitti, in quanto il loro avviamento nell'ambito è legato soprattutto al rapporto diretto con i funzionari e con gli amministratori delle stazioni appaltanti.

In realtà, solo l'aumento del numero e della varietà delle aste *on line*, consentirà l'implementazione delle politiche di marketing da parte di tutte le imprese.

Nell'ambito delle stazioni appaltanti, invece, non può essere trascurato che, se la perenne crisi della finanza pubblica ha dato un'ulteriore spinta al settore, ciò ha finito per modificare in parte il ruolo delle aste elettroniche che, da strumento di modernizzazione, sono diventate principalmente strumento di contenimento della spesa.

Tale aspetto ha finito per avere un ruolo importante nell'espansione degli istituti del mercato elettronico in senso ampio, superando con ciò la carente spinta all'innovazione gestionale delle classi dirigenti, poco portate ad utilizzare le opportunità offerte dalle nuove tecnologie.

Tale approccio, definito "ragionieristico", però ha in sé il rischio di fare del solo prezzo il proprio parametro di riferimento, con ciò riducendo le reali potenzialità delle aste elettroniche.

Al contrario, gli "Istituti elettronici" dovranno diventare lo strumento principale per poter appoggiare gli appalti altamente tecnologici e/o complessi (per esempio concernenti svariate decine di apparecchiature sanitarie, ciascuna a sua volta con un alto numero di elementi qualitativi suscettibili di valutazione comparativa), perché consentono la elaborazione, in tempo reale, della nutrita serie di specifiche tecniche collegate a meccanismi c.d. "di risultato" prefissate dal bando di gara e quindi alla istantanea retribuzione dei punteggi spettanti alle singole offerte.

Tuttavia, sulla strada della definitiva affermazione del sistema si rinvergono notevoli ostacoli.

In primo luogo, vengono in evidenza le barriere tecnologiche: mancano strumenti generalizzati per la gestione omogenea delle piattaforme di tutte le stazioni appaltanti.

Inoltre, sarebbe necessario introdurre software anche per le fasi suggestive al contratto ed in particolare per le ordinazioni e le fatturazioni elettroniche.

In secondo luogo, sarebbe necessario momenti di confronto per una maggiore informazione e cooperazione tecnologica tra imprese e stazioni appaltanti, onde consentire una maggiore circolarità di informazioni sulle possibilità future dei mercati.

In terzo luogo, per poter contribuire in maniera efficace al miglioramento dell'efficienza e della concorrenza del settore, l'informatizzazione degli appalti pubblici dovrebbe essere accompagnata da significativi interventi di riorganizzazione delle procedure di acquisto delle amministrazioni e di adeguamento delle strutture organizzative, che tengano conto delle esigenze di integrazione orizzontale tipiche delle tecnologie informatiche.

In tale direzione, la strada da compiere dal "sistema paese", allo stato, appare ancora molta perché l'utilizzo delle aste elettroniche e dei sistemi dinamici di acquisizione dia reali vantaggi, identificabili in maggiore trasparenza delle procedure d'appalto, flessibilità di incontro tra domanda e offerta, superiore competitività del mercato, razionalizzazione della spesa delle pubbliche amministrazioni ed abbreviazione dei termini tecnici per l'espletamento delle procedure.

\*\*\*