

Il procurement della Pubblica amministrazione e le applicazioni dell'innovazione tecnologica ai processi gestionali del settore pubblico nell'assetto del Codice dei contratti pubblici, servizi e forniture

di Wanda D'Avanzo

La riforma del *procurement* della Pubblica amministrazione, che ha portato all'emanazione del recentissimo D.Lgs. del 12 aprile 2006, n. 163, Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (Gu n. 100 del 2 maggio 2006), si inserisce nel più ampio contesto di modernizzazione delle istanze procedurali e dei modelli organizzativi del settore pubblico, avviata dalla Legge del 7 agosto 1990, n. 241, recante nuove disposizioni in materia di procedimento amministrativo ed accesso ai documenti amministrativi (Gu n. 192 del 18 agosto 1990).

Il nuovo paradigma gestionale, delineatosi nel settore dell'acquisto di beni e servizi da parte delle amministrazioni, è stato sollecitato dalla ricerca di soluzioni di maggior vantaggio che potessero consentire agli enti pubblici di scegliere sul mercato i migliori prodotti alle migliori condizioni.(1)

Dal punto di vista strutturale, l'organizzazione del sistema di *procurement* può ricondursi a due modelli, che si differenziano, sul piano giuridico, per il tipo di rapporto contrattuale che lega i soggetti parte della transazione economica: quello di *in house purchasing units* che si basa sulla "gestione interna degli acquisti o direttamente effettuata dai singoli centri di costo o da un ufficio centrale delegato"; ed il modello di *outsourcing*, in cui la gestione dei processi d'acquisto viene delegata a società di consulenza specializzate che rappresentano l'acquirente e che stipulano convenzioni con i fornitori di beni o prestatori di servizi, tramite le quali questi si impegnano ad accettare gli ordinativi di fornitura delle singole amministrazioni al prezzo e alle condizioni convenute.(2)

La scelta di quest'ultimo modello, operata dal legislatore con la Legge finanziaria per l'anno 2000(3), si è basata sul presupposto che il sistema diffuso di imprese appaltanti, fino ad allora presente nel nostro ordinamento, comportasse un eccessivo frazionamento della spesa senza apportare alcun beneficio economico. Attraverso un sistema centralizzato, al contrario, sarebbe stato possibile realizzare una economia di scala tale da incidere positivamente sulla riduzione del personale e spese intermedie.(4)

L'art. 26, 1 e 3 co., della citata finanziaria ha, così, disposto, a carico delle amministrazioni centrali e periferiche dello Stato, l'obbligo di approvvigionarsi utilizzando le convenzioni stipulate da società di consulenza specializzate; convenzioni con cui le imprese prescelte si impegnano ad accettare, sino a concorrenza della quantità massima complessiva stabilita dalla convenzione stessa ed ai prezzi e condizioni ivi previsti, ordinativi di fornitura deliberati dalle amministrazioni dello Stato.

Alle restanti pubbliche amministrazioni veniva lasciata la facoltà di optare tra la possibilità di aderire alle predette convenzioni o meno, ma, in tale ultimo caso, esse restavano, comunque, tenute ad adottarne i parametri di qualità e prezzo per l'acquisto di beni comparabili con quelli oggetto di convenzionamento.(5)

Parallelamente al riassetto funzionale dei profili strutturali di approvvigionamento, ha visto l'avvio, nel contesto normativo italiano, l'introduzione delle nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione nella PA, in adeguamento alle prospettive di *e-government* predisposte a livello internazionale ed europeo.

L'idea di sfruttare il potenziale degli strumenti informatici e telematici ha portato ad una evoluzione delle regole di organizzazione degli uffici pubblici, delineando assetti sempre più idonei a migliorare i procedimenti e la qualità dei servizi erogati(6), con una conseguente concreta applicazione dei principi di buona amministrazione ed un recupero di efficienza.

E, proprio la prospettiva di informatizzare anche le fasi in cui si articolano i procedimenti amministrativi di evidenza pubblica(7), ossia le procedure di acquisto di beni e servizi da parte della PA, ha portato all'emanazione del DPR del 4 aprile 2002, n. 101, recante criteri e modalità per l'espletamento da parte della pubblica amministrazione di

procedure telematiche d'acquisto per l'approvvigionamento di beni e servizi (Gu n. 125 del 30 maggio 2002), che ha introdotto l'*e-public procurement* (8) nel nostro ordinamento.

Detto decreto ha, anzitutto, previsto che tutti i bandi ed avvisi relativi alle gare venissero pubblicati sui siti Internet delle amministrazioni appaltanti.

I collegamenti *on line*, tramite la rete Internet, e, dunque, la circolazione diffusa dei dati consentono, infatti, di abbattere le limitazioni di sorta in ordine alle possibilità di accedere all'informazione, in genere, e, nello specifico settore degli acquisti pubblici, alle selezioni ad evidenza pubblica volte a distribuire le funzioni appaltabili delle amministrazioni centrali e locali, assicurando una maggiore partecipazione e un trattamento paritario di tutti i concorrenti.(9)

Il bando di gara, invero, si pone come l'atto portante dell'intero procedimento, a prescindere da quale sia il criterio di scelta del contraente (asta pubblica, licitazione privata, appalto concorso, trattativa privata) di cui la PA scelga di avvalersi per l'aggiudicazione dell'appalto. E, il problema della validità giuridica della sua pubblicazione telematica, è stato oggetto di varie pronunce, con cui la giurisprudenza amministrativa, passando al vaglio la questione, ha confermato, da un lato, l'equipollenza del bando elettronico a quello cartaceo, in quanto da considerarsi quale atto amministrativo in forma elettronica (art. 9, DPR 445/2000), e, dall'altro, la conformità della pubblicazione su Web al principio di adeguata pubblicità.(10)

Il DPR in esame ha, poi, introdotto e regolamentato due procedimenti telematici di acquisto di beni e servizi da parte delle PA: la gara telematica e il mercato elettronico.

La gara telematica è una procedura specifica, alternativa rispetto a quelle tradizionali disciplinate dalla normativa comunitaria e nazionale, attraverso la quale è possibile compiere l'intero procedimento di aggiudicazione *on line*: dalla emanazione del bando di abilitazione degli aspiranti concorrenti, dell'avviso di gara, dell'invito a partecipare, fino alla negoziazione telematica con apertura *on line* della busta contenente l'offerta.(11)

Il mercato elettronico (*e-marketplace*), invece, è un intermediario *on line* (ossia, un *online service provider*) "che aggrega informazioni economiche e che, attraverso una piattaforma tecnologica, gestisce un'area della rete, protetta e riservata all'interazione commerciale tra più soggetti", ed, eventualmente, fornisce servizi aggiuntivi di vario genere, specie di supporto alle trattative, alla conclusione e all'esecuzione di contratti.(12)

La struttura informatica dell'*e-marketplace* prevede la possibilità di effettuare acquisti diretti, od anche solo richiedere ulteriori offerte tramite i cataloghi elettronici predisposti dagli utenti selezionati attraverso un bando di abilitazione.

Il D.Lgs. 163/2006, varato in sede di recepimento delle direttive del Parlamento e del Consiglio europeo 2004/17/CE (Guue n. 134 del aprile 2004), sulle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua, di energia e dagli enti che forniscono servizi di trasporto, e 2004/18/CE (Guue n. 134 del 30 aprile 2004), sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, di servizi e di lavori, ha inteso dare piena applicazione, nel settore, all'uso dei mezzi elettronici, definiti, all'art. 3, co. 43, come quei mezzi che utilizzano "apparecchiature elettroniche di elaborazione (compresa la compressione numerica) e di archiviazione dei dati e che utilizza la diffusione, la trasmissione e la ricezione via filo, via radio, attraverso mezzi ottici o altri mezzi elettromagnetici".

Nella nuova disciplina dei contratti pubblici, gli artt. 60 e 85 sono dedicati a due procedure innovative di aggiudicazione di appalti pubblici e concessioni.

L'art. 60 disciplina i sistemi dinamici di acquisizione; l'art. 85 l'asta elettronica.

Il sistema dinamico di acquisizione è definito all'art. 3, co. 14, come un "processo di acquisizione interamente elettronico, per acquisti di uso corrente, le cui caratteristiche generalmente disponibili sul mercato soddisfano le esigenze di una stazione appaltante, limitato nel tempo ed 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'oneri".

Le stazioni appaltanti possono ricorrere a questo particolare sistema

solo per le forniture di beni e servizi tipizzati e standardizzati, di uso corrente, mentre rimangono esclusi dalla procedura gli appalti di lavori e le forniture e servizi appaltanti da realizzare in base a specifiche tecniche del committente (art. 60, co. 1).

Inoltre, la durata di ogni sistema dinamico di acquisizione non può superare i quattro anni, salvo che l'eventuale proroga non sia opportunamente giustificata.

Al momento della pubblicazione, il bando di gara deve specificare che si tratta di una procedura dinamica di acquisizione e deve contenere, anche, l'indirizzo Internet su cui sarà possibile consultare il capitolo d'oneri e tutti gli altri documenti complementari, dalla pubblicazione del bando fino alla conclusione del sistema. L'accesso a tutta la documentazione deve essere libero, diretto e completo.

Relativamente al funzionamento del sistema dinamico di acquisizione, tutti gli operatori economici interessati possono presentare, per tutta la durata del sistema stesso, un'offerta indicativa, sulla base della quale potranno essere ammessi alla procedura. La valutazione delle predette offerte è effettuata dalle stazioni appaltanti nel termine di 15 giorni dalla presentazione; il termine può, anche, essere prolungato, ma occorre che, in tal caso, non venga messo nessun altro appalto in concorrenza.

Al termine della valutazione, l'offerente deve essere informato circa l'ammissione o il rigetto della sua offerta.

Prima di procedere al confronto concorrenziale dei singoli appalti specifici, poi, le stazioni appaltanti pubblicano un nuovo bando di gara, semplificato, e invitano gli operatori interessati a presentare un'offerta indicativa entro 15 giorni dalla pubblicazione di questo secondo bando. E l'aggiudicazione è fatta all'offerente che ha presentato l'offerta migliore.

Il comma 15 dell'art. 3 del codice definisce, poi, l'asta elettronica come *“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 gli appalti di servizi e di lavori che hanno per oggetto prestazioni intellettuali, come la progettazione di lavori, non possono essere oggetto di aste elettroniche”*.

L'asta elettronica può essere utilizzata nelle procedure aperte, ristrette o negoziate previo bando, quando la valutazione delle offerte, rispondenti alle specifiche definite nel bando di gara, sia effettuabile automaticamente, sulla base di elementi quantificabili in modo tale da essere espressi in cifre o percentuali. Le stazioni appaltanti possono, altresì, ricorrere all'asta elettronica in occasione del rilancio del confronto competitivo fra le parti di un accordo quadro, e all'indizione di gare di appalti da aggiudicare nell'ambito di un sistema dinamico di acquisizione (art. 85, co. 2 e 3).

Il livello di automazione del sistema consente, a seguito dell'impostazione dei parametri scelti dall'utente, una selezione automatica delle offerte; oltre ad una notevole rapidità delle procedure di variazione delle offerte stesse.

Il bando di gara deve indicare, in ogni caso, che, nel corso della procedura, è previsto il ricorso ad un'asta elettronica.

Nella specie, l'asta elettronica riguarda unicamente i prezzi, quando l'appalto viene aggiudicato al prezzo più basso; i prezzi ed i valori degli elementi dell'offerta indicati negli atti di gara, quando l'appalto viene aggiudicato all'offerta economicamente più vantaggiosa.

Gli elementi i cui valori sono oggetto di valutazione automatica, gli eventuali limiti massimi e minimi dei valori degli elementi dell'offerta, le condizioni alle quali gli offerenti possono effettuare rilanci e, in particolare, gli scarti minimi eventualmente richiesti per il rilancio, e tutte le altre informazioni riguardanti lo svolgimento dell'asta elettronica, devono essere indicate, oltre che nel bando di gara, anche nel capitolato d'oneri.

Prima di procedere all'asta, le stazioni appaltanti effettuano una prima valutazione completa delle offerte pervenute secondo le modalità stabilite nel bando di gara, conformemente al criterio di aggiudicazione prescelto, e invitano per via elettronica, simultaneamente, tutti i soggetti che hanno presentato offerte ammissibili a presentare nuovi prezzi o nuovi valori.

Nell'invito sono precisate tutte le modalità per il collegamento individuale, la data e l'ora di inizio dell'asta, nonché la formula

matematica che determina, durante l'asta elettronica, le riclassificazioni automatiche in funzione dei nuovi prezzi o valori presentati.

Durante ciascuna fase dell'asta, le stazioni appaltanti comunicano in tempo reale a tutti gli offerenti le informazioni che consentano loro di conoscere la rispettiva classificazione.

Al momento dell'aggiudicazione, l'invito viene integrato con il risultato della valutazione completa dell'offerta dell'offerente interessato.

L'impianto del codice sulle aste elettroniche si pone in maniera fortemente innovativa rispetto alle disposizioni presenti nel DPR 101/02. Secondo le disposizioni del codice, l'asta elettronica costituisce una fase delle normali procedure di gara ed è strumento finalizzato all'aggiudicazione dell'appalto, laddove, nel DPR 101/02, il ricorso alle procedure telematiche di acquisto doveva essere deliberato e motivato di volta in volta dall'amministrazione interessata, e la gara telematica costituiva una procedura autonoma ed alternativa rispetto alla procedura tradizionale. Inoltre, il ricorso all'asta elettronica è ammissibile, anche, nell'ambito di procedure finalizzate all'affidamento dei lavori, mentre il DPR 101 limitava il ricorso a procedure telematiche solo all'approvvigionamento di beni e servizi.

Infine, la gara telematica disciplinata dal DPR 101/02 non prevedeva la tecnica dei rilanci per la progressiva rinegoziazione delle offerte, come, invece, nella nuova disciplina dell'asta elettronica.(13)

La disciplina delle comunicazioni, oltre a prevedere l'istituzione di un punto di raccolta ed elaborazione di tutti i dati informativi concernenti i contratti pubblici su tutto il territorio nazionale, ossia il sistema unico informatico dei contratti pubblici, tenuto dall'Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (art. 7, co. 4, lett. a), stabilisce, all'art. 77, che tutte le comunicazioni e tutti gli scambi di informazioni tra le stazioni appaltanti e gli 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, che devono essere comunemente disponibili in modo da non limitare l'accesso degli operatori economici alla procedura di aggiudicazione, devono essere indicati nel bando o, ove manchi il bando, nell'invito alla procedura.

Nello specifico delle comunicazioni per via elettronica il co. 5 dispone che, quando le stazioni appaltanti chiedano o 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.

Le stazioni appaltanti, che siano soggetti tenuti all'osservanza del D.Lgs. del 7 marzo 2005, n. 82 (Codice dell'amministrazione digitale) e del D.Lgs. del 28 febbraio 2005, n. 42 (Istituzione del sistema pubblico di connettività e della rete internazionale della pubblica amministrazione, a norma dell'articolo 10, della legge 29 luglio 2003, n. 229), operano nel rispetto delle previsioni di tali atti legislativi, e delle relative norme di attuazione ed esecuzione.

In particolare, gli scambi di comunicazioni tra amministrazioni aggiudicatrici e operatori economici deve avvenire tramite posta elettronica certificata, ai sensi dell'articolo 48, del D.Lgs. del 7 marzo 2005, n. 82, del DPR del 11 febbraio 2005, n. 68 e del DPR del 28 dicembre 2000, n. 445.

Le informazioni concernenti le specifiche necessarie alla presentazione di offerte e domande di partecipazione per via elettronica, ivi compresa la cifratura, devono essere sempre messe a disposizione degli interessati. Inoltre, le offerte presentate per via elettronica possono essere effettuate solo utilizzando la firma elettronica digitale.

Le norme sui sistemi dinamici di acquisizione e sulle aste elettroniche sono entrate in vigore dal 1 luglio 2006, nonostante l'emanazione del Decreto legge del 12 maggio 2006, n. 173, recante proroga di termini per l'emanazione di atti di natura regolamentare (Gu n. 110 del 13 maggio 2006), convertito con legge del 12 luglio 2006, n. 228 (Gu n. 160 del 12 luglio 2006), che ha rinviato l'attuazione di alcune norme del D.Lgs 163/2006 al 1 febbraio 2007.

In particolare, la proroga ha interessato le norme relative alla liberalizzazione dell'appalto integrato; all'estensione della possibilità di ricorrere alla trattativa privata; all'introduzione degli istituti europei del dialogo competitivo; all'accordo quadro e alle centrali di committenza; al

divieto di subappalto per le imprese ausiliarie in caso di awalimento. Attualmente, inoltre, è in discussione in Parlamento lo schema di decreto che rechi disposizioni integrative e correttive al Codice, che contiene alcune prime essenziali modifiche, necessarie per consentirne la corretta applicazione, nelle more degli ulteriori approfondimenti che saranno svolti con le amministrazioni e gli operatori. Lo schema prevede la revisione del meccanismo di controllo delle certificazioni delle SOA da parte dell'Autorità di Vigilanza sui Lavori pubblici, le procedure connesse all'archeologia preventiva e alla VIA, la normativa applicabile nel periodo transitorio.

Note

(1) A. Bertelli, *Il quadro normativo ed applicativo dell'e-procurement*, 2006, p. 2, in *Astrid*, www.astrid-online.it, http://www.astrid-online.it/Outsourcing/Note-e-con/Bertelli_Quadro-eproc_27032006.pdf

(2) O. Hart, *An economist's perspective on the Theory of the Firm*, in *Columbia Law Review*, 1989, p. 89; J. Tirole, *The internal organisation of government*, in *Oxford Economic Paper*, 1996, p. 46; si veda, anche, sul punto L. Bertini, L. Sciandra, *La riforma del procurement della P.A., il nuovo modello di gestione e le estensioni alla sanità*, 2001, p. 2, s p e c .nota 3, consultabile all'Url <http://www.aiesweb.it/media/pdf/co0002/doc0010.pdf>.

(3) Legge del 23 dicembre 1999, n. 488, disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (Gu n. 302 del 27 dicembre 1999).

(4) A. Bertelli, cit., p. 3.

(5) Con il successivo Decreto Ministeriale del 24 febbraio 2000 (Gu n. 58 del 10 marzo 2000), il Ministero del tesoro ha individuato nella società Concessionaria Servizi informatici pubblici Consip s.p.a. il soggetto competente a concludere, per conto del Ministero stesso e delle altre amministrazioni, con i terzi, fornitori dei beni o prestatori di servizi, le convenzioni e i contratti quadro per gli acquisti della PA, definendone le condizioni.

(6) R. Ruffini, P. Mastrogioseppe (a cura di), *Regole e regolamenti di organizzazione nelle amministrazioni pubbliche*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2003, p. 15.

(7) Il procedimento ad evidenza pubblica, si articola in alcune fasi che si susseguono in un determinato arco temporale: la prima, che precede la realizzazione di qualsiasi contratto (sia esso di appalto o di lavoro) da parte degli enti pubblici, presuppone la deliberazione a contrarre, ossia la manifestazione unilaterale di volontà dell'amministrazione a stipulare un determinato contratto; la seconda attiene al momento della scelta del contraente e segue le regole che l'amministrazione ha, già preventivamente, specificato nel bando di gara o di concorso, pubblicato successivamente all'approvazione della deliberazione a contrarre, e si conclude con l'aggiudicazione del contratto all'impresa partecipante scelta dalla PA; cfr., sul punto, G. Pasetti, *I contratti ad oggetto informatico conclusi dalla Pubblica Amministrazione*, in E. Pattaro (a cura di), *Manuale di diritto dell'informatica e delle nuove tecnologie*, Clueb, Bologna, 2000, pp. 277 ss.

(8) Con il termine *e-procurement*, o approvvigionamento elettronico, suole indicarsi, appunto, l'informatizzazione delle procedure di evidenza pubblica, e, contestualmente, l'insieme di tecnologie, procedure ed operazioni che consentono l'acquisizione di beni e servizi *on line*, grazie alle applicazioni proprie dei sistemi di *e-commerce*.

Lo scambio di informazioni commerciali attraverso l'utilizzo degli strumenti di ICT tra la PA, centrale o locale, cliente nella transazione economica, e il fornitore dei beni o prestatore di servizi richiesti, comporta una serie di notevoli vantaggi, tra cui spiccano, oltre alla riduzione dei tempi dei singoli passaggi procedurali, la riduzione dei costi delle transazioni, una maggiore trasparenza, la possibilità di monitorare i consumi.

(9) P. Savasta, *Appalti on line*, in G. Cassano (a cura di), *Diritto delle nuove tecnologie informatiche e dell'Internet*, Ipsoa, Milano, 2002, p. 1336.

(10) V., spec., Tar Lazio, sez. III, 8 marzo 2004, n. n.2159, in *Altalex* (www.altalex.it); Cons. St., sez. V, 3 gennaio 2002, n. 10, in *Dir. & Giust.*, 2002, 9, p. 46; nonché C. Giurdanella, *Pubblicazione telematica di bandi di gara in procedure di rilievo comunitario*, in *Diritto dell'Internet*,

2005, 2, p. 178.

(11) D.Colaccino, *Il quadro normativo sull'e-procurement. L'esperienza italiana alla luce delle due direttive comunitarie 17 e 18 del 2004*, relazione al "1st High level seminar on e-procurement", svolta nell'ambito del progetto *Good Governance for development in Arab Countries initiative. Working Group II on E-government and Administrative Simplification*, organizzato dall'OCSE e dal FORMEZ, Napoli, 2006, p. 8, in Astrid (www.astrid-online.it), all'Url http://www.astrid-online/Outsourcing/studiotic/Colaccino_Intervento_Napoli_30012006.pdf.

(12) S. Lombrassa, *E-Marketplaces*, in G. Cassano (a cura di), cit., pp. 422 e 425.

(13) Si veda, in proposito la *Relazione all'art. 85* del codice.