

Il nuovo quadro dell'e-procurement pubblico.

Autore: Gurrieri Aldo

In: Diritto amministrativo

Premessa

Uno degli elementi che ha caratterizzato in senso di assoluta innovatività la direttiva 2004/18/CE è senz'altro costituito dalla particolare attenzione dedicata alla disciplina dell'approvvigionamento di beni e servizi "per via telematica", cioè l'approvvigionamento effettuato tramite sistemi di scelta del contraente prevalentemente o essenzialmente automatizzati, in quanto realizzati mediante l'utilizzo di apparati informatici e collegamenti on line.

Il quadro normativo

Già prima della direttiva 2004/18/CE nel nostro ordinamento giuridico era vigente il D.P.R. 101/02 avente ad oggetto "Regolamento recante criteri e modalità per l'espletamento, da parte delle pubbliche amministrazioni, di procedure telematiche di acquisto per l'approvvigionamento di beni e servizi", che prevedeva due distinte tipologie di procedura telematica: a) le **gare telematiche**;
b) il **mercato elettronico**.

In sede di recepimento della direttiva 2004/18/CE il D. Lgs. 163/06 (c.d. Codice dei Contratti Pubblici) introduce nel nostro ordinamento due istituti del tutto nuovi: a) il **Sistema dinamico di acquisizione**, disciplinato dall'art. 60 (che recepisce l'art. 33 della Direttiva), nonché dall'art. 3 comma 14, che, recependo l'art. 1 comma 6 della Direttiva, ne sancisce la definizione; b) l'**Asta elettronica**, disciplinata dall'art. 85 (che recepisce l'art. 54 della Direttiva), nonché dall'art. 3 comma 15, che, nel recepire l'art. 1 comma 7 della Direttiva, ne sancisce la definizione.

L'art. 253 comma 14 del Codice dei Contratti pubblici, con riferimento all'utilizzo dell'asta elettronica per le acquisizioni di beni e servizi, prevede che fino all'entrata in vigore del regolamento di attuazione di cui all'art. 5 dello stesso Codice trovano applicazione le disposizioni di cui al D.P.R. 101/02, nei limiti di compatibilità con il Codice medesimo.

Più genericamente l'art. 256 comma 4 del Codice dei Contratti pubblici prevede, con decorrenza dall'entrata in vigore del suddetto regolamento, l'abrogazione di quelle disposizioni del D.P.R. 101/02 (tra altri provvedimenti normativi citati) che verranno ivi espressamente indicate.

Pertanto, considerato che l'entrata in vigore del suddetto regolamento di esecuzione non è prevedibile prima del 2008, tutte le sopra accennate procedure di e-procurement sono attualmente in vigore nel

nostro ordinamento.

Tant'è che, per esempio, la L. 296/06 (Finanziaria per il 2007) ha disposto, per le Amministrazioni Statali centrali e periferiche (ad esclusione degli istituti scolastici e delle istituzioni educative ed universitarie), l'obbligo di utilizzare gli strumenti telematici di acquisto presenti nell'ambito del "Programma per la razionalizzazione degli acquisti" nella Pubblica Amministrazione.

Infatti, ai sensi dell'art. 1 comma 450 della Finanziaria 2007, dette Amministrazioni sono tenute, dal 1° luglio 2007, a fare ricorso al **Mercato Elettronico della P.A.** di cui al D.P.R. 101/02, per gli acquisti di beni e servizi al di sotto della soglia di rilievo comunitario.

Inoltre, ai sensi dell'art. 1 comma 452 della Finanziaria 2007, le transazioni compiute dalle suddette Amministrazioni avvengono, di regola, anche tramite un'altra modalità di acquisto per via telematica: i **negozi elettronici** (ove disponibili) del sistema delle Convenzioni.

Le convenzioni alle quali si fa riferimento nelle citate norme della Finanziaria 2007 sono le convenzioni quadro stipulate da organismi di diritto pubblico, come la Con.S.I.P. S.p.A., ai sensi dell'articolo 26 della L. 488/99 (L. Finanziaria 2000) e successive modificazioni.

Le singole procedure

Gara telematica. E' un sistema di negoziazione telematica molto simile alla licitazione privata e le cui operazioni possono essere svolte mediante meccanismi prevalentemente telematici. Le singole amministrazioni possono ricorrere alla suddetta procedura sia per importi superiori sia per importi inferiori alla soglia comunitaria. L'Amministrazione può optare, nello svolgimento delle operazioni connesse alle singole fasi di gara, per modalità telematiche o per modalità tradizionali. L'elemento minimo caratterizzante è comunque l'utilizzo di una piattaforma telematica a supporto della ricezione delle offerte e della relativa valutazione. La gara telematica può essere finalizzata sia alla stipulazione di convenzioni quadro sia all'affidamento di forniture di beni e servizi di specifico interesse dell'Amministrazione precedente.

Mercato Elettronico. E' un "mercato digitale", allo stato attuale attivato e gestito da Con.S.I.P., in cui le imprese (preselezionate da Consip secondo le regole dell'evidenza pubblica inerenti ai requisiti di idoneità morale, professionale, economica e tecnica) possono offrire agli enti pubblici (specificatamente iscritti presso Con.S.I.P. mediante registrazione telematica) beni e servizi, pubblicandoli su cataloghi elettronici di agevole e rapida consultazione. Si tratta invero di un canale d'acquisto parallelo al sistema delle Convenzioni, dal quale si differenzia essenzialmente per i seguenti aspetti:

1) il ricorso al mercato elettronico è previsto soltanto per acquisti di importo inferiore alla soglia di rilievo comunitario; invece il sistema delle convenzioni prescinde dal valore dell'appalto.

2) Nel sistema delle convenzioni l'Amministrazione si limita ad aderire all'accordo quadro (mediante ordinativo di fornitura emesso e trasmesso secondo modalità tradizionali) stipulato dalla Con.S.I.P., e quindi assume obblighi negoziali predeterminati con un contraente scelto da un terzo (ConS.I.P.), il quale ha effettuato autonomamente tutta la procedura di gara fino alla selezione delle offerte; invece nel Mercato elettronico Con.S.I.P. si limita a selezionare gli offerenti in funzione del possesso di requisiti generali e speciali; a detta selezione segue l'abilitazione al Mercato Elettronico, il che consente alle imprese la pubblicazione dei cataloghi illustrativi dei propri prodotti e servizi; a questo punto la selezione delle offerte spetterà alla singola Amministrazione interessata a quei prodotti o servizi, secondo le normative che ordinariamente disciplinano le gare ad evidenza pubblica.

3) Nel sistema delle convenzioni l'Amministrazione aderisce all'accordo quadro mediante la stipulazione di un contratto predeterminato dalla Con.S.I.P. in ogni dettaglio negoziale; invece il Mercato Elettronico è uno strumento molto flessibile, in quanto offre alla singola Amministrazione la possibilità di negoziare direttamente (per via telematica) le condizioni di fornitura in funzione delle proprie esigenze. Infatti l'Amministrazione ha due possibilità: **A)** provvedere mediante **Ordine Diretto d'Acquisto**, cioè scegliendo il prodotto/servizio sul catalogo e acquistandolo direttamente (tramite un ordine sottoscritto con firma digitale ed inviato on line con un semplice click), come previsto dall'art. 11 comma 1 del D.P.R. 101/02. In questo caso il rapporto giuridico tra l'amministrazione e l'impresa sorge soltanto con l'invio dell'ordine; prima dell'invio dell'ordine l'amministrazione non ha alcun obbligo; di converso in capo alle imprese offerenti vige l'obbligo di mettere a disposizione determinate quantità dei prodotti riportati nei cataloghi. Nello schema procedurale e negoziale appena descritto è ravvisabile la fattispecie della "offerta al pubblico" disciplinata dall'art. 1336 del Codice Civile, nella quale l'inserimento dei prodotti/servizi sul catalogo elettronico equivale a proposta contenente gli elementi essenziali del contratto da concludere. Per questo motivo, l'impresa sarà vincolata contrattualmente, ai sensi dell'art. 1326 e seguenti del Codice Civile, nel momento in cui verrà a conoscenza (sempre per via telematica!) dell'accettazione dell'amministrazione. **B)** nel caso in cui l'amministrazione procedente non trova sul catalogo piena rispondenza alle proprie esigenze di approvvigionamento, può ricorrere all'istituto della **Richiesta di Offerta**, chiedendo appunto ai fornitori, presenti con i propri cataloghi nel "Marketplace", proposte personalizzate di offerta su specifici articoli o particolari condizioni di fornitura (inerenti a tempi di consegna, luogo e modalità di consegna, termini di pagamento fatture, ecc...), come previsto dall'art. 11 comma 2

del D.P.R. 101/02. In questo caso la richiesta di offerta avanzata (ovviamente per via telematica !) dall'amministrazione si configura come un invito a proporre (e non come una proposta), dal quale non scaturisce alcun obbligo in capo all'amministrazione, la quale rimane libera di non vincolarsi contrattualmente (neanche nel caso di offerta corrispondente alle peculiari richieste avanzate con la R.d.O.) .

Negoziato Elettronico. E' uno strumento all'interno del sistema delle convenzioni Con.S.I.P. Il negozio elettronico consente l'emissione on line di ordinativi, con riferimento a beni o servizi riguardo ai quali sono già attive specifiche Convenzioni Con.S.I.P.

In certi casi infatti, data la natura di determinati beni o servizi, si ritiene di offrire alle pubbliche

amministrazioni la possibilità di consultare una sorta di "vetrina" elettronica, promanazione della vetrina delle convenzioni, nella quale è possibile individuare i prodotti/servizi confacenti alle specifiche esigenze di approvvigionamento ed effettuare, a quel punto, ordini direttamente on line. Il Negozio elettronico rappresenta quindi, in riferimento a determinate tipologie di beni, una forma semplificata e molto rapida di adesione alle convenzioni Con.S.I.P., alternativa ai classici mezzi cartacei ed analogici.

Asta Elettronica. Consiste nella possibilità per l'Amministrazione aggiudicatrice di procedere (nei casi in cui le specifiche dell'oggetto dell'appalto possono essere fissate in maniera precisa), in seno ad una normale procedura di gara (aperta, ristretta o negoziata con bando), ad una ulteriore fase preliminare all'aggiudicazione e a questa funzionale. La gara si svolge secondo regole e modalità ordinarie fino alla presentazione delle offerte. A questo punto le offerte potranno essere presentate e gestite per via elettronica, se ciò è espressamente previsto nel bando. Nel bando saranno state riportate con precisione dalla stazione appaltante le informazioni riguardanti il dispositivo elettronico utilizzato e le modalità del collegamento on line, nonché le relative specifiche tecniche. In questa particolare fase gli offerenti vengono invitati simultaneamente per via elettronica a presentare nuovi prezzi (in caso di aggiudicazione prevista secondo il criterio del prezzo più basso) o nuovi valori (con riferimento agli elementi dell'offerta soggetti a valutazione e ponderazione nel caso di aggiudicazione prevista secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa). Alla data e all'ora prefissate le imprese presenteranno i propri rilanci esclusivamente per il tramite di collegamenti individuali on line. L'asta si deve svolgere interamente in un'unica seduta. La valutazione delle offerte viene effettuata automaticamente dal sistema elettronico approntato e gestito dalla stazione appaltante sulla base di cifre e/o percentuali nelle quali vengono a concretarsi i valori offerti dai partecipanti, conformemente alle previsioni del bando.

Sistema dinamico di acquisizione. E' una procedura concorsuale interamente informatizzata cui le amministrazioni possono ricorrere esclusivamente per l'acquisizione di beni e servizi che siano: a) tipizzati e standardizzati; b) di uso corrente. A seguito della decisione di ricorrere alla procedura in questione la stazione appaltante utilizza esclusivamente mezzi elettronici sia per l'istituzione del sistema dinamico di acquisizione sia per l'aggiudicazione delle forniture in detto ambito.

Nello svolgimento delle operazioni inerenti alla procedura in questione la stazione appaltante è obbligata all'osservanza delle regole previste dal D. Lgs. 163/06 in materia di comunicazioni per via elettronica (art. 77 commi 5 e 6) volte soprattutto a garantire la non discriminazione degli operatori (le caratteristiche tecniche degli strumenti da utilizzare devono essere di carattere non discriminatorio, comunemente disponibili al pubblico e compatibili con i prodotti ITC generalmente in uso) e la certezza legale delle trasmissioni, oltre che dell'identificabilità dell'autore e dell'integrità del documento (le comunicazioni elettroniche devono avvenire nel rispetto del D. Lgs. 82/05 -c.d. Codice dell'amministrazione digitale- ed in particolare gli scambi di comunicazioni ed informazioni devono avvenire tramite posta elettronica certificata).

Il prossimo futuro

Resta da vedere cosa succederà nel prossimo futuro a seguito dell'entrata in vigore del tanto atteso Regolamento governativo sulla disciplina esecutiva ed attuativa del D. Lgs. 163/06 (previsto dal sopra citato art. 5 dello stesso "Codice dei contratti pubblici"), il cui testo è attualmente prossimo all'esame del Consiglio di Stato e la cui approvazione definitiva da parte del Consiglio dei Ministri è prevedibile per il mese di Ottobre 2007. Per esempio, c'è da chiedersi: l'asta elettronica sostituirà definitivamente la figura della gara telematica? Come verranno disciplinate in concreto figure analoghe come il sistema dinamico di acquisizione ed il mercato elettronico? A prescindere dalle soluzioni normative che verranno adottate dalla disciplina regolamentare, è fuori di dubbio che in linea di principio l'approvvigionamento di beni e servizi per via telematica è ormai, di fatto, una via obbligata per tutte le amministrazioni (a prescindere da specifici obblighi di legge), in quanto strumento rilevante per contribuire concretamente alla realizzazione della tanto agognata razionalizzazione della spesa pubblica.

Dott. Aldo Gurrieri

<https://www.diritto.it/il-nuovo-quadro-dell-e-procurement-pubblico/>