

## L' uso della telematica negli appalti pubblici

**Autore:**

**In:** Diritto amministrativo

Nel panorama degli acquisti di beni e servizi nelle Pubbliche Amministrazioni, risulta considerevolmente innovativo il D.P.R. n. 101/2002, ovvero: "Regolamento recante criteri e modalità per l'espletamento da parte delle amministrazioni pubbliche di procedure telematiche di acquisto per l'approvvigionamento di beni e servizi", pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 125 del 30.05.2002. L'importanza del decreto è da ricercarsi soprattutto nella sua portata semplificativa e programmatica, tanto da dover essere preso necessariamente in considerazione ogni qualvolta le amministrazioni debbano concludere accordi con fornitori, clienti o in sostanza regolare gare d'appalto. In particolare il provvedimento, è articolato in due parti disciplinanti rispettivamente, lo svolgimento delle gare telematiche, per importi eventualmente superiori a quelli fissati dalle norme comunitarie, e il c.d. mercato elettronico, per gli acquisti di importi infracomunitari<sup>1</sup>. La gara telematica, deve, come è ovvio, svolgersi nel rispetto dei principi di par condicio e di trasparenza tra i partecipanti tanto che all'articolo 2 comma 2 si specifica che: «Le procedure telematiche di acquisto assicurano la parità di condizioni dei partecipanti nel rispetto dei principi di trasparenza e di semplificazione delle procedure, nonché delle disposizioni, anche tecniche, di recepimento della normativa comunitaria sulle firme elettroniche e sulla documentazione amministrativa». Tale finalità è certamente assicurata dalla possibilità di pubblicare un bando di abilitazione, i cui contenuti sono precisati nell'articolo 8 del medesimo D.P.R. n. 101/2002<sup>2</sup>. Il procedimento che si caratterizza per la celerità e la mancanza di intoppi e passaggi farraginosi, si articola in due fasi; in una prima viene evidenziata la volontà della stazione appaltante di aggiudicare uno o più appalti, precisando le relative categorie di beni e/o servizi con i relativi importi, e invitando contestualmente i concorrenti interessati a formulare le domande di partecipazione. Le relative domande saranno valutate dalla stazione appaltante anche con riferimento al possesso dei requisiti generali e speciali previsti dalla vigente normativa in materia; tale si conclude con l'abilitazione dei concorrenti. La seconda fase della procedura, a differenza di quella precedentemente esposta, vede l'utilizzo obbligatorio degli strumenti informatici, prevedendo in particolare, previa pubblicazione di un "avviso di gara", la spedizione degli inviti alle imprese abilitate con la conseguente formulazione delle offerte on-line<sup>3</sup>. Appare

doveroso, in via preliminare, sottolineare i principi basilari della disciplina, infatti l'art. 1 c. 1 lett. e) definisce le "amministrazioni", cui si applica il regolamento, indicando «tutti i soggetti, gli enti e gli organismi tenuti all'applicazione delle normative nazionali e comunitarie in tema di appalti pubblici, con esclusione delle regioni, delle province, delle città metropolitane, dei comuni e delle comunità montane». Il c. 4 dell'articolo 2 dispone che «Le regioni, le province, le città metropolitane, i comuni e le comunità montane possono applicare le disposizioni del presente regolamento se così dispongano nell'ambito della propria autonomia». L'inserimento di tale comma è conseguenza delle osservazioni avanzate in sede consultiva dal Consiglio di Stato<sup>4</sup>, il quale, sul presupposto dell'entrata in vigore del nuovo Titolo V della Costituzione, ha ritenuto non fosse ammissibile la formulazione contenuta nella bozza, in base alla quale il D.P.R. interessava necessariamente tutte le stazioni appaltanti "tenute all'applicazione della normativa nazionale e comunitaria in tema di appalti pubblici". Pur non essendo questa la sede per entrare nel merito delle attribuzioni circa la materia degli appalti pubblici nell'ambito del nuovo articolo 117 Cost.<sup>5</sup>, basta osservare che tra le materie in cui allo Stato è attribuita la legislazione esclusiva, non compaiono gli appalti pubblici; analogamente il c. 6, a proposito della potestà regolamentare, attribuisce la medesima allo Stato, solo «nelle materie di legislazione esclusiva», spettando invece alle Regioni «in ogni altra materia», mentre «I Comuni, le Province e le Città Metropolitane hanno potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite». Il comma 4 dell'art. 2 prevede che Regioni ed Enti Locali possano applicare le disposizioni del D.P.R. n. 101 "salvo che non aderiscano alle convenzioni stipulate ai sensi dell'articolo 26 della legge 23 dicembre 1999 n. 488, e successive modificazioni", mentre, come noto, le Amministrazioni Statali sono obbligate ad approvvigionarsi secondo tali modalità. La Società concessionaria Consip S.p.a può pertanto porre in essere gare telematiche per addivenire alla scelta del contraente con cui stipulare le convenzioni quadro, mentre le restanti amministrazioni avranno facoltà di utilizzare le previsioni del D.P.R. n. 101/02 "salvo che non aderiscano" alle suddette convenzioni. Sul punto occorre precisare che il regime applicabile alle Amministrazioni appare parzialmente differenziato, e che si rende pertanto necessaria un'attenta disamina della normativa in materia, onde individuare i margini e le condizioni in cui le singole stazioni appaltanti possano procedere ad effettuare acquisti al di fuori delle convenzioni quadro (ed eventualmente mediante l'impiego delle procedure di cui al D.P.R. n. 101/02), precisando tuttavia fin d'ora che la problematica non presenta alcuna specialità rispetto a quanto accade con le procedure tradizionali; in altre parole, si deve prendere atto che solo laddove l'Amministrazione disponga della facoltà di non avvalersi delle convenzioni quadro, sarà consentito procedere tramite gara telematica o con procedura tradizionale, mentre, se nel caso concreto non sussistono i presupposti per l'effettuazione di acquisti in

forma autonoma, non sarà condizione esimente l'applicazione del D.P.R. n. 101/02.

La Consip è un "organismo a struttura societaria, con unica ed esclusiva funzione di servizio per lo Stato, che opera secondo indirizzi strategici stabiliti dall'Amministrazione<sup>8</sup>", sottoposta ad un controllo specifico da parte del Ministero, sia sotto il profilo civilistico-societario, attraverso l'esercizio dei diritti tipici dell'azionista, che sotto quello amministrativo-gestionale, attraverso gli obblighi imposti alla società dalla normativa di riferimento e dalla convenzione sottoscritta in data 9 agosto 1999. La Consip, inoltre si configura, a prescindere dalle attribuzioni di cui al Decreto Ministeriale di cui sopra, quale "amministrazione aggiudicatrice", anche ai sensi della normativa nazionale e comunitaria di riferimento in materia di scelta del contraente negli appalti pubblici<sup>6</sup>. La prima gara telematica in applicazione del dpr 101/2002 di cui si ha notizia (peraltro definita sperimentale) è quella bandita dalla Consip in data 27 settembre 2002 per la fornitura di videoproiettori e servizi connessi, finalizzata a stipulare con l'aggiudicatario una convenzione ex art. 26 L. 488/1999, art. 58 legge 388/2000, quindi con obbligo di accettazione degli ordinativi di fornitura da parte delle amministrazioni centrali e periferiche dello Stato e dalle restanti pubbliche amministrazioni. Tale esperimento prevedeva che le imprese interessate a partecipare alla gara dovevano, entro il termine e all'indirizzo previsto dal bando, comunicare il proprio interesse alla partecipazione alla gara e contestualmente richiedere l'abilitazione al sistema di gare telematiche della Consip tramite compilazione, sottoscrizione ed invio dell'apposito modulo cartaceo e degli allegati richiesti. Entro 15 giorni dal ricevimento della domanda di partecipazione, la Consip provvede a comunicare le modalità e l'account per l'accesso alla casella di posta elettronica, attivata dal sistema, alla quale si intendono validamente effettuate tutte le comunicazioni, in conformità a quanto previsto alle apposite «Regole per l'accesso e l'utilizzo delle gare telematiche». La user-id e la password che compongono l'account sono generate automaticamente dal sistema e comunicate al fornitore tramite posta all'indirizzo indicato nella domanda di abilitazione. Per il resto tutte le comunicazioni inerenti la procedura, compresa l'avvenuta abilitazione ovvero il rigetto della domanda di abilitazione per carenza dei requisiti minimi previsti dal bando, venivano effettuate, ai sensi dell'art. 4, comma 3, dpr 101/2002, mediante spedizione alla casella di posta elettronica attivata dal sistema. Almeno dieci giorni prima della data fissata per l'inizio delle procedure di gara, viene inviato alla casella di posta elettronica di tutti i fornitori abilitati l'invito per partecipare alla negoziazione di cui all'art. 10, c.3 del D.P.R. 101/2002. L'invito contiene tutta la documentazione e le informazioni necessarie per la partecipazione alla gara, comprese la descrizione delle modalità di dettaglio di svolgimento della procedura, nonché l'indicazione

del giorno e dell'ora per cui è fissato l'inizio delle operazioni. La gara verrà aggiudicata a favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa, attraverso un sistema di gara telematica a round multipli, in numero non predefinito. Nel primo round, le offerte presentate dovranno essere migliorative rispetto ad un'offerta iniziale di riferimento, convenzionalmente costituita da una componente economica pari alla base d'asta complessiva e da una componente tecnica identica alle caratteristiche minime richieste nel capitolato tecnico e che, pertanto, non prevede l'attribuzione di alcun punteggio supplementare relativo ad aspetti migliorativi. Le offerte presentate da ciascun concorrente in ciascun round successivo al primo dovranno essere migliorative delle offerte presentate nel round precedente. La fase di negoziazione si chiuderà nel momento in cui, al termine di durata prefissata del round, non sia pervenuta alcuna valida offerta migliorativa rispetto alla migliore offerta del round precedente. Al termine della gara telematica, al concorrente che abbia effettuato la migliore offerta valida verrà richiesto di sottoscrivere a mezzo firma digitale le offerte effettuate come risultanti dalle registrazioni del sistema, ai sensi dell'art. 4, c. 6 D.P.R. 101/2002, entro un giorno lavorativo. Nel termine di 10 giorni dalla richiesta, il concorrente primo in graduatoria dovrà inoltre fornire alla Consip la documentazione tecnica comprovante la conformità dei beni offerti alle previsioni del capitolato tecnico e a quanto indicato in termini qualitativi nella propria migliore offerta nonché un campione di ciascun apparecchio, al fine di consentire la verifica di conformità<sup>7</sup>.

Appare preminente sottolineare l'interesse manifestato per l'argomento da parte del Parlamento e del Consiglio Europeo, i quali il 31 Marzo 2004, hanno adottato la «Direttiva relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi». In base a questa, «...occorre introdurre una definizione comunitaria di aste elettroniche 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 richieste possono essere

definite in modo preciso,

•

la classificazione degli offerenti possa essere stabilita in ogni momento dell'asta elettronica.

Il ricorso alle aste elettroniche consente alle amministrazioni aggiudicatrici di chiedere agli offerenti di presentare nuovi prezzi modificati al ribasso e, quando l'appalto è attribuito all'offerta economicamente più vantaggiosa, anche di migliorare elementi diversi dal prezzo. "Per garantire il rispetto del principio di trasparenza possono essere oggetto di asta elettronica solo gli elementi che possono essere soggetti ad una valutazione automatica a mezzo elettronico, senza intervento e/o valutazione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, ossia solo gli elementi quantificabili in modo tale da poter essere espressi in cifre o percentuali.

Al contrario, gli aspetti delle offerte che implicano una valutazione di elementi non quantificabili non dovrebbero essere oggetto di aste elettroniche"<sup>8</sup>. Ci si rende conto, però di come talvolta sia difficile, o se si vuole complicato, rendere omogenee ed applicabili in ogni Paese dell'Unione la disciplina prevista, per tal motivo, si ritiene che "al fine di tener conto delle diversità esistenti negli Stati membri, occorre lasciare a questi ultimi la facoltà di prevedere la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere ad accordi quadro, a centrali di committenza, ai sistemi dinamici di acquisizione ad aste elettroniche e al dialogo competitivo, quali sono definiti e disciplinati dalla presente direttiva"<sup>9</sup>."

La Direttiva si preoccupa di definire fin dai primi articoli cosa si intenda per appalti pubblici, e fissa i principi generali; infatti l'Articolo 1 comma 7 così stabilisce alla lettera a) : «Gli appalti pubblici sono contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la

prestazione di servizi ai sensi della presente direttiva». Ed ancora, nelle lettere che seguono, si specificano le varie tipologie di appalti pubblici: gli appalti pubblici di lavori, «aventi per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, la progettazione e l'esecuzione di lavori relativi a una delle attività di cui all'allegato I o di un'opera, oppure l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice». Per "opera" si intende il risultato di un insieme di lavori edilizi o di genio civile che di per sé espliciti una funzione economica o tecnica. Gli appalti pubblici di forniture cioè a dire: diversi da quelli di cui alla lettera b) «aventi per oggetto l'acquisto, la locazione finanziaria, la locazione o l'acquisto a riscatto, con o senza opzione per l'acquisto, di prodotti». Mentre è da considerarsi appalto pubblico di fornitura, quello «avente per oggetto la fornitura di prodotti e, a titolo accessorio, lavori di posa in opera e di installazione». Particolarmente rilevante appare la definizione che la stessa Direttiva dà di "asta elettronica" intendendosi quel complesso 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. Sulla base di ciò è possibile affermare che appalti di servizi e di lavori che hanno per oggetto prestazioni intellettuali, come la progettazione di lavori, non possono essere oggetto di aste elettroniche. Particolarmente rilevante a tal riguardo è il Decreto Ministeriale del 02.05.2001 emesso dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, tale ha attribuito alla Concessionaria servizi informatici pubblici - Consip S.p.A., in esecuzione di quanto disposto dagli articoli 58, 59, 61 e 63 comma 6 della legge 23 dicembre 2000 n. 388, il compito di promuovere l'aggregazione di enti decentrati di spesa nonché la costituzione di consorzi a cui le pubbliche amministrazioni aderiscono per l'acquisto di energia elettrica, inoltre sono state delegate ulteriori funzioni connesse alla realizzazione di sistemi di E-Procurement, fra le quali la previsione della "progettazione, sviluppo ed organizzazione di un mercato elettronico per l'acquisto di beni e servizi da parte delle pubbliche amministrazioni". Con tale decreto, è attribuito alla Consip di "assistere le singole amministrazioni centrali e periferiche, nonché le restanti pubbliche amministrazioni, nel pianificare e monitorare i volumi complessivi dei fabbisogni dei diversi beni e servizi, definendo gli standard e le modalità per le analisi comparative interne ed esterne; utilizzare, sia in fase preventiva che nella gestione delle convenzioni e dei contratti quadro come sopra stipulati, strumenti idonei alla realizzazione del monitoraggio dei consumi ed al controllo della spesa necessariamente con l'uso di nuove tecnologie e soluzioni organizzative innovative e segnatamente attraverso strumenti di Information Technology, quali ad esempio la raccolta e l'elaborazione dei dati sugli effettivi fabbisogni, sui reali consumi e sui relativi costi, nonché acquisti elettronici da rendere disponibili in ogni forma a tutte le pubbliche amministrazioni". Il suddetto Ministero, però è andato oltre la mera previsione, infatti



successivamente, con la Circolare n. 1 del 23 giugno 2000 ha precisato le incombenze che le amministrazioni dello Stato sono tenute ad osservare per l'acquisizione di beni e/o servizi mediante l'utilizzo delle convenzioni di cui all'articolo 26 della legge n. 488/1999 prevedendo, tra l'altro che l'emissione degli ordinativi di fornitura debba essere preceduta dall'assunzione

dell'impegno di spesa sui pertinenti capitoli dello stato di previsione; inoltre deve procedersi all'individuazione di uno o più soggetti "referenti" aventi la responsabilità di ottimizzare l'utilizzo delle iniziative di razionalizzazione della spesa. Tale ultimo adempimento risulta di particolare importanza e delicatezza, anche alla luce dell'imputazioni di eventuali responsabilità, accertate dai competenti organi di controllo interni a seguito delle verifiche negative rispetto all'obbligatoria adesione alle convenzioni quadro nelle singole Amministrazioni.

Sono da rilevare talune tesi, espresse da voci autorevoli dalla dottrina, le quali si chiedono se sia applicabile il d.p.r 101/2002; ma la domanda, evidentemente provocatoria, sottende una serie di complesse problematiche legate a tale normativa, evidenziatesi fin dall'indomani della sua entrata in vigore. "La questione presenta taluni profili quasi paradossali, se si pensa come per molti aspetti il D.P.R. n. 101/'02 avesse "recepito" alcuni fermenti innovativi emersi da alcune stazioni appaltanti che, pur in assenza di un quadro normativo, si erano "coraggiosamente" addentrate nel campo dell'e-procurement pubblico". A fronte di taluni rilievi mossi alle suddette procedure, incentrati principalmente sul mancato rispetto del principio di legalità, in carenza di un'espressa normativa in tema di appalti con strumenti informatici e telematici<sup>10</sup>, l'emanazione di un provvedimento ad hoc sembrava potesse fugare i dubbi di ammissibilità dell'e-procurement pubblico, soprattutto laddove il D.P.R. n. 101/'02, presentando forti analogie con i primi acquisti "sperimentali" effettuati nella prassi, sembrava addirittura esservi ispirato, assurgendone così a fonte di recepimento e formalizzazione. In realtà l'applicazione del D.P.R. n. 101/'02 ha trovato sul suo percorso numerosi e rilevanti ostacoli. In primo luogo, occorre osservare che il D.P.R. n. 101/'02 interviene in una materia in cui coesistono una pluralità di fonti normative collocate su diversi gradi (comunitarie, nazionali, regionali, regolamentari, ecc), le quali devono essere necessariamente interpretate in termini di coordinamento, il che può rivelarsi tutt'altro che agevole, come è stato appunto nel caso specifico. Ancora può rilevarsi come rispetto alle prime sperimentazioni in materia di e-procurement, il D.P.R. n. 101/'02 abbia irrigidito taluni passaggi, che invece nella prassi venivano gestiti

con maggiore snellezza (es. termini di pubblicità, obbligo della firma digitale, ecc.). Ad una tale situazione, riscontrabile fin dall'indomani dell'entrata in vigore del D.P.R. n. 101/02, si sono aggiunte talune modifiche del panorama legislativo, sia rispetto alle croniche incertezze che caratterizzano il quadro delle firme elettroniche, sia soprattutto con l'art. 24 L. n. 289/02, che ha considerevolmente modificato la disciplina degli acquisti inferiori agli importi comunitari, ossia proprio il medesimo settore in cui avevano preso le mosse la pressoché totalità dei progetti pilota in materia di e-procurement<sup>11</sup>.

### **Avv. Maurizio Asprone**

Docente a contratto in Diritto Amministrativo presso l' Università degli Studi di Cassino

1 In particolare il c. 3 dell'articolo 2 precisa che le disposizioni del regolamento si applicano per gli approvvigionamenti di beni e servizi "anche d'importo inferiore alla soglia di rilievo comunitario".

2 L'art 8, rubricato: «Responsabile del Procedimento» prevede che sia il responsabile del procedimento a provvedere alla risoluzione di tutte le questioni anche tecniche inerenti la procedura, e che sia sempre questo a verificare la regolarità della procedura e dell'offerta, apponendo la propria firma, anche digitale sul verbale delle operazioni e su quello di aggiudicazione.



3 M. Gatti, in Gare Telematiche sopra soglia: il bando Consip, inserito in Diritto e Diritti, novembre 2002.

4 Parere Cons. Stato del 03.12.01 Sezione Consultiva Atti Normativi)

5 L'argomento ha suscitato notevole interesse in dottrina, soprattutto con riferimento alla costituzionalità dell'art. 24 L. 27.12.2002. Si vedano sul punto, tra gli altri, Paolo CARETTI "L'assetto dei rapporti tra competenza legislativa statale e regionale, alla luce del nuovo Titolo V della Costituzione: aspetti problematici", in Le Regioni, n. 6/2001, 1226, Maurizio GRECO "Prime valutazioni in merito agli effetti della riforma costituzionale sulla normativa in materia di appalti pubblici", nella Rivista Internet Giustizia Amministrativa n. 10/2001.

6 Mauro Gatti -" Il D.P.R. n. 101/'02 ad un anno dalla sua emanazione: ambiti e problematiche di applicazione", Luglio 2003, in Quaderni del DAE - rivista di diritto Amministrativo Elettronico.

7 M. Greco, Prime applicazioni del d.p.r 101/2002

8 Fonte: Direttiva 2004/18/CE

9 La gara Telematica: il contesto normativo della direttiva 2004/18/CE.

10 M. Greco, "Gli approvvigionamenti di beni e servizi nelle p.a. mediante sistemi elettronici e telematici" nella Rivista

Internet Giustizia Amministrativa n. 6/2001.

11 M. Gatti, "Il D.P.R. n. 101/'02 ad un anno dalla sua emanazione: ambiti e problematiche di applicazione", luglio 2003.

<https://www.diritto.it/l-uso-della-telematica-negli-appalti-pubblici/>