

# INFORMATIZZAZIONE DELL'ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA. GARE TELEMATICHE NELLE P.A. NUOVO ELEMENTO DI EFFICIENZA E ECONOMICITÀ? ANALISI E PROSPETTIVE

**Myriam Benarros**

Mestra em Diritto dell'Informatica e Teoria Tecniche della Normazione, da Università de Roma (La Sapienza). Tecnóloga no Istituto di Teoria e Tecniche dell'Informazione Giuridica do Consiglio Nazionale delle Ricerche (Itália).  
benarros@ittig.cnr.it

**Sommario:** *Premessa. I. Parte. Rapporti tra ordinamento giuridico comunitario e ordinamento italiano. II Parte. La riforma digitale della Pubblica Amministrazione. Il Codice dell'amministrazione digitale. III Parte. III.1. e-Procurement. Approvvigionamenti pubblici elettronici: DPR n. 101/2002; III.2. La Direttiva Unica degli Appalti 2004/18 e il Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163. Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. Conclusioni.*<sup>1</sup>

**Riassunto:** Il tema trattato riguarda l'informatizzazione dell'attività amministrativa che si inserisce nel processo di attuazione della Società di Informazione. La Società dell'Informazione è quel lungo processo di modernizzazione attuato nel settore dell'informazione e della comunicazione che ha cambiato significativamente la vita privata, sociale e professionale di ciascun individuo. La rivoluzione tecnologica rappresenta un supporto fondamentale per favorire l'efficienza, la competitività e facilitare l'accesso alla conoscenza dei cittadini. Si intende per *e-government* il processo di informatizzazione della pubblica amministrazione, il quale unitamente ad azioni di cambiamento organizzativo consente di trattare la documentazione

---

<sup>1</sup> Questo testo costituisce una parte della Tesina del Master *Diritto dell'Informatica e Teoria e Tecniche della Normazione* dell'Università di Roma 'La Sapienza', a.a. 2005-2006, diretto dal prof. Bruno Romano, ordinario di Istituzioni di Filosofia del Diritto, e coordinato dal prof. Donato A. Limone e dall'avv. Paolo Galdieri.

e di gestire i procedimenti con sistemi digitali, grazie all'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (*ICT-Information and Communication Technologies*), allo scopo di ottimizzare il lavoro degli enti e di offrire agli utenti (cittadini e imprese) sia servizi più rapidi, che nuovi servizi, attraverso i siti web delle amministrazioni pubbliche.

### **Premessa<sup>2</sup>**

Il tema si inserisce in quel grande processo di attuazione della Società dell'Informazione, in particolare dell'automazione dell'attività amministrativa.

La Società dell'Informazione è quel lungo processo di modernizzazione attuato nel settore dell'informazione e della comunicazione che ha cambiato significativamente la vita privata, sociale e professionale di ciascun individuo. La rivoluzione tecnologica rappresenta un supporto fondamentale per favorire l'efficienza, la competitività e facilitare l'accesso alla conoscenza dei cittadini.

Nello studio di questi temi è imprescindibile tenere in conto sia l'azione del legislatore comunitario sia quella del legislatore nazionale, giacché le interconnessioni tra l'ordinamento comunitario e l'ordinamento nazionale sono determinanti nello sviluppo della Società dell'Informazione in Europa.

Già nel 1982 il Consiglio UE con la decisione 82/869/CEE impiantava un sistema comunitario interistituzionale dell'informazione (INSIS) al fine di consentire una trasmissione elettronica di informazioni tra le amministrazioni delle istituzioni europee e degli Stati membri<sup>3</sup>.

Il Consiglio Europeo dei Capi di Stato e di Governo a Helsinki il 10-11 dicembre 1999 approvava il programma avviato dalla commissione *e-Europe - Una società dell'Informazione per tutti*. Nelle premesse il documento della Commissione

---

<sup>2</sup> Questo lavoro è dedicato a mio fratello David Ben Arrosh che mi ha sostenuto e incentivato in questa impresa.

<sup>3</sup> Vedi A. CONTALDO-F. DAINOTTI, *Diritto e tecnologie delle reti di informazione*, Napoli 2005, pp. 141 ss. Vedi anche Programma TEDIS-*Trade Electronic Data Interchange System* «...Al fine di uniformare gli standard delle apparecchiature dei sistemi elettronici la Commissione interveniva con la Direttiva 86/361/CEE con la quale si cercava di eliminare gli ostacoli posti alla fluidità delle trasmissioni. Alla Direttiva è seguita la decisione del Consiglio del 5 ottobre 1987 che istituiva un 'programma comunitario relativo al trasferimento elettronico dei dati per uso commerciale nei settori del commercio, dell'industria e dell'Amministrazione...'. Inoltre il Consiglio interveniva con un'altra decisione, la 93/C 105/11 «che definiva sulla base del criterio della sussidiarietà rispetto agli Stati membri interessati, le modalità di realizzazione delle reti telematiche transeuropee tra amministrazioni. Veniva pertanto prevista l'istituzione di un'azione pluriennale (5 anni) chiamata IDA (*Interchange of Data between Administrations*) (art. 1), i cui obiettivi, evidenziati dall'art. 2, erano quelli di contribuire alla realizzazione di progetti di interesse comune riguardanti scambi telematici tra amministrazioni (intendendo per scambi le informazioni, i dati e i documenti necessari al funzionamento del mercato unico), nonché di garantire l'interoperabilità delle reti e delle applicazioni telematiche.»

precisava che *e-Europe* è una iniziativa politica intesa a garantire che l'Unione europea approfitti dei cambiamenti che suscita la Società dell'Informazione, risaltando che l'avviamento di una iniziativa come *e-Europe* è irrinunciabile in funzione della rapidità dell'evoluzione delle tecnologie e dei mercati<sup>4</sup>.

Peraltro il Consiglio Europeo Straordinario di Lisbona del 23-24 marzo 2000, intitolato *Lavoro, riforme economiche ed inclusione sociale: verso un'Europa basata sull'innovazione e sulla conoscenza*, varava definitivamente l'iniziativa. Il documento finale della Presidenza portoghese ribadiva la volontà di costruire politiche pubbliche comuni in favore della crescita di una Società dell'Informazione.

Con il DPCM del 19 settembre 2001 si istituisce in Italia il Comitato dei Ministri per la Società dell'Informazione «con il compito di coordinare l'azione delle amministrazioni e di assicurare la definizione e la realizzazione di una strategia dell'informazione nel Paese» (art. 1).

Nella Riunione del 13 febbraio 2002 il Comitato dei Ministri per la Società dell'Informazione afferma «che il programma del Governo è coerente con l'iniziativa *e-Europe* il cui piano di azione si articola su tre linee di intervento principali:

- Diffondere l'uso della rete tramite la disponibilità di servizi pubblici on-line; la creazione di contenuti multimediali ed il sostegno del commercio elettronico;
- Favorire l'accesso, la velocità e l'economicità della rete;
- Sviluppare nuove competenze e combattere ogni tipo di “esclusione”»

Lo sviluppo del Piano italiano per la Società dell'Informazione adotta i seguenti criteri:

- Modernizzare il Paese, attraverso un uso diffuso delle nuove tecnologie ICT (*Information and Communication Technologies*) sia nel pubblico che nel privato;
- Favorire la competitività del sistema paese accelerando lo sviluppo dell'economia della rete;
- Realizzare una Società dell'Informazione che migliori la qualità della vita e prevenga esclusioni di natura sociale o economica.

Il ruolo del Ministero per l'Innovazione e le Tecnologie e del Comitato dei Ministri per la Società dell'Informazione si esplicita in una funzione di indirizzo, di coordinamento e di impulso nei confronti delle altre amministrazioni centrali; allo scopo di definire progetti specifici, piani di azione e programmi che attraverso

<sup>4</sup> Per un aggiornamento sul piano d'azione *e-Europe* vedi COM(2002) 263, Bruxelles 28.5.2002: *e-Europe 2005: una società dell'informazione per tutti* (Piano d'azione presentato nel Consiglio europeo di Siviglia del 21-22 giugno 2002).

l'uso delle tecnologie dell'Informazione offrano servizi più efficaci ed efficienti ai cittadini e alle imprese, e comportino un generale miglioramento delle condizioni economiche, sociali e culturali del Paese.

Con la creazione del Ministro per l'Innovazione e le Tecnologie si è affrontata in modo determinante e organico la questione della creazione e dello sviluppo di una legislazione specifica nella materia delle nuove tecnologie, con particolare riguardo all'applicazione delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione nella P.A.<sup>5</sup>

## I PARTE

### ***Rapporti tra ordinamento giuridico comunitario e ordinamento italiano***

Non si può prescindere, al fine di inquadrare il nostro tema, da una rapida analisi dei rapporti che intercorrono tra l'ordinamento comunitario e l'ordinamento nazionale, e di quanto quello comunitario costituisca una forza propulsiva in quello nazionale.

Il diritto comunitario è un fenomeno giuridico che, dal punto di vista del diritto amministrativo nazionale, deve essere inquadrato nella fattispecie della pluralità degli ordinamenti giuridici e dell'efficacia giuridica propria delle relazioni tra ordinamenti.

Il patto costituente dell'Unione Europea non è l'unità degli ordinamenti, ma il raggiungimento di una unione sempre più stretta, nel quadro della specificità propria di questo organismo (art. 1, 2° comma «Il presente trattato segna una nuova tappa nel processo di creazione di una unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa, in cui le decisioni siano prese il più vicino possibile ai cittadini»; art. 1, 3° comma «L'Unione è fondata sulle Comunità Europee, integrate dalle politiche e forme di cooperazione instaurate dal presente Trattato. Essa ha il compito di organizzare in modo coerente e solidale le relazioni tra gli Stati membri e tra i loro popoli»).

Non si tratta pertanto di una sovranità 'sostitutiva' ma di una sovranità 'organizzativa' e dunque 'coordinativa', sia per quanto riguarda le relazioni giuridiche tra Stati, che tra popoli degli Stati.<sup>6</sup>

L'azione comunitaria si attua conformemente alle disposizioni del Trattato, alle condizioni e secondo i criteri ivi fissati, nel rispetto del principio di sussidiarietà definito dall'art. 5 del Trattato istitutivo della Comunità Europea (versione consolidata, C. 325/42, Gazzetta ufficiale delle Comunità europee, 24/12/2002):

<sup>5</sup> Vedi E. DE GIOVANNI (Capo Ufficio legislativo del Ministro per l'Innovazione e le Tecnologie), *Le iniziative del Ministro per l'innovazione e le tecnologie: profili giuridici*, intervento presentato nel VI Convegno sulla Telecomunicazione "L'informatica delle Pubbliche amministrazioni: un problema di globalità" (Cagliari, 22-23 ottobre 2004), in <http://spol.unica.it/teleamm/dottorato/convegni/convegno2004.htm>.

<sup>6</sup> Vedi E. PICCOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino 1997, p. 5.

«La Comunità agisce nei limiti delle competenze che le sono conferite e degli obiettivi che le sono assegnati dal presente Trattato - 1° comma -. Nei settori che non sono di sua esclusiva competenza la Comunità interviene, secondo il principio della sussidiarietà, soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e possono dunque, a motivo delle dimensioni o degli effetti dell'azione in questione, essere realizzati meglio a livello comunitario 2° comma -. L'azione della Comunità non va al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi del presente trattato - 3° comma - ».

La dottrina ha poi elaborato due tesi che spiegano le dinamiche del rapporto tra ordinamento giuridico comunitario e ordinamento giuridico italiano.

- la *tesi monista* o della integrazione tra ordinamenti giuridici
- la *tesi dualista* o della separazione tra ordinamenti

La Corte di Giustizia ha, sin dall'inizio, sostenuto la tesi dell'integrazione tra ordinamenti giuridici in particolare in due famose sentenze:

- a) Corte di Giustizia, sent. 5 febbraio 1963, in causa C-26/62, *Van Gend & Loos/Amministrazione olandese delle imposte* (in *Racc.* 1963, p. 7 ss.)<sup>7</sup>
- b) Corte di Giustizia, sent. 15 luglio 1964, in causa C-6/64, *Costa/Enel* (in *Racc.*, 1964, p. 1135 ss.)<sup>8</sup>

Corollario di questa visione 'integrata' del diritto comunitario nei diritti nazionali, è anche la giurisprudenza costante della Corte di Giustizia, secondo cui essa è competente in modo esclusivo «ad assicurare il rispetto del diritto anche nell'applicazione e nell'interpretazione del presente Trattato» (art. 220<sup>9</sup>); altro corollario della visione 'integrata' è l'obbligo di tutti i pubblici poteri, ed in particolar modo dei poteri giurisdizionali degli Stati membri, di assicurare l'osservanza del diritto comunitario (art. 10<sup>10</sup>).

<sup>7</sup> «La Comunità Economica Europea costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale a favore del quale gli Stati membri hanno rinunciato, seppure in settori limitati, ai loro poteri sovrani ed al quale sono soggetti non soltanto gli Stati membri, ma pure i loro cittadini.

<sup>8</sup> «A differenza dei comuni Trattati internazionali, il Trattato CEE ha istituito un proprio ordinamento giuridico, integrato nell'ordinamento giuridico degli Stati membri all'atto dell'entrata in vigore del Trattato e che i giudici nazionali sono tenuti ad osservare»

«Tale integrazione nel diritto di ciascun Stato membro di norme che promanano da fonti comunitarie e, più in generale, lo spirito e i termini del Trattato, hanno per corollario l'impossibilità per gli Stati membri di far prevalere, contro un ordinamento giuridico da essi accettato a condizione di reciprocità, un provvedimento unilaterale, il quale pertanto non è opponibile all'ordinamento stesso»

<sup>9</sup> Vedi Trattato istitutivo della Comunità Europea, versione consolidata, C. 325/42, Gazzetta ufficiale delle Comunità europee, 24/12/2002.

<sup>10</sup> Vedi Trattato istitutivo della Comunità Europea, versione consolidata, C. 325/42, Gazzetta ufficiale delle Comunità europee, 24/12/2002

La posizione delle Corti Costituzionali degli Stati membri, viceversa, è favorevole alla seconda dottrina, quella della separazione tra ordinamento giuridico comunitario e ordinamenti giuridici degli Stati membri, anche se si riconosce un rapporto giuridico di collegamento permanente.<sup>11</sup>

La Corte Costituzionale italiana, fin dalla sent. 27 dicembre 1973, n. 183, ha posto le basi della teoria della separazione tra ordinamento giuridico comunitario e ordinamento giuridico nazionale, pur affermando la tutela costituzionale delle norme comunitarie, attraverso l'art. 11 della Costituzione stessa.

La tesi della separazione tra i due ordinamenti, ma il riconoscimento delle numerose interconnessioni tra gli stessi, ha prodotto il rapporto di coordinamento sovraordinato tra diritto comunitario e diritto interno, che comporta l'obbligo di disapplicazione del diritto interno incompatibile con quello comunitario<sup>12</sup>.

La Corte Costituzionale inoltre sembra andare oltre il principio dell'obbligo di disapplicazione; infatti si è assunta il compito di espungere dall'ordinamento giuridico nazionale le norme statali e regionali incompatibili con il diritto comunitario (sent. n. 384/1994 e n. 94/1995).

La problematica della applicazione del diritto comunitario nell'ordinamento nazionale assume particolar rilievo in relazione al diritto amministrativo giacché esso ha forse il principale ruolo nella costante opera di adattamento del diritto interno al diritto comunitario.

Il concetto di applicazione del diritto comunitario va esaminato da due angolazioni:

- a) un concetto di applicazione in senso stretto che riguarda gli atti del diritto comunitario originario (Trattati, principi generali codificati e non scritti, principi posti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia), e tra gli atti derivati, i regolamenti e le decisioni;
- b) un concetto di applicazione 'lato sensu' che si estende alle direttive (attraverso i processi di ricezione) e agli atti non vincolanti come i pareri, le raccomandazioni, e quelli informali: risoluzioni, programmi d'azione, libri bianchi ecc.

Questo processo applicativo del diritto comunitario, così dinamico e costante, porta Eugenio Piccozza (professore ordinario di Diritto Amministrativo nell'Università di Roma 'Tor Vergata') a difendere la tesi della Corte di Giustizia, in merito alla qualificazione del rapporto giuridico generale tra i due ordinamenti, come «un rapporto di integrazione progressiva e permanente, e non di separazione, con momenti di collegamento in conseguenza delle numerose interconnessioni tra diritto interno e diritto internazionale.», e ancora «A differenza dei comuni Trattati

<sup>11</sup> Vedi E. PICCOZZA, op. cit., p. 12 ss.

<sup>12</sup> Vedi E. Piccozza, op. cit., p. 39 ss.

internazionali, il Trattato CEE ha istituito un proprio ordinamento giuridico, integrato nell'ordinamento giuridico degli Stati membri all'atto dell'entrata in vigore del Trattato e che i giudici nazionali sono tenuti ad osservare. Istituito una Comunità senza limiti di durata, dotata di propri organi, di personalità, capacità giuridica, di capacità di rappresentanza sul piano internazionale, ed in specie di poteri effettivi provenienti da una limitazione di competenza o da un trasferimento di attribuzioni degli Stati alla Comunità, questi hanno limitato, sia pure in campi circoscritti, i loro poteri sovrani e creato quindi un complesso di diritto vincolante per i loro cittadini e per loro stessi.

Tale integrazione nel diritto di ciascun Stato membro di norme che promanano da fonti comunitarie e, più in generale, dallo spirito e dai termini del Trattato, hanno per corollario l'impossibilità per gli Stati membri di far prevalere, contro un ordinamento da essi accettato a condizione di reciprocità, un provvedimento unilaterale ulteriore, il quale pertanto non è opponibile all'ordinamento stesso»<sup>13</sup>.

## II PARTE

### ***La riforma digitale della Pubblica Amministrazione. Il Codice dell'amministrazione digitale***

Per *e-government* si intende il processo di informatizzazione della pubblica amministrazione, il quale unitamente ad azioni di cambiamento organizzativo consente di trattare la documentazione e di gestire i procedimenti con sistemi digitali, grazie all'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (ICT), allo scopo di ottimizzare il lavoro degli enti e di offrire agli utenti (cittadini e imprese) sia servizi più rapidi, che nuovi servizi, attraverso i siti web delle amministrazioni.

L'analisi delle questioni giuridiche derivanti dall'applicazione delle tecnologie informatiche all'attività amministrativa inizia già nel 1978. La dottrina più autorevole aveva già allora previsto il riconoscimento normativo della rilevanza giuridica dell'atto amministrativo informatico, nonché le conseguenze che esso avrebbe determinato<sup>14</sup>.

Agli inizi degli anni 90 prende avvio il grande processo di riforma della Pubblica Amministrazione che va ricollegato al processo di semplificazione dei procedimenti amministrativi.

<sup>13</sup> Vedi E. PICCOZZA, op. cit. pp. 44-45.

<sup>14</sup> Vedi G. DUNI, *L'utilizzabilità delle tecniche elettroniche nell'emanazione degli atti e nei procedimenti amministrativi. Spunto per una teoria dell'atto amministrativo emanato in forma elettronica*, in Riv.amm., 1978, 6, pt. 1, p. 407. Si veda anche dello stesso autore, *Teleamministrazione*, in Enc. Giur. Treccani, XXX, Roma, 1989.; cfr. C. GIURDANELLA – E. GUARNACCIA, *Elementi di diritto amministrativo elettronico*, novembre 2005, p. 13 ss.

Semplificazione amministrativa significa rendere più chiaro, facile, comprensibile e snello il funzionamento dell'Amministrazione. Semplificare l'azione amministrativa vuol dire tagliare passaggi procedurali, controlli, adempimenti inutili.

La semplificazione amministrativa è pertanto non un fine, ma un mezzo per migliorare il rapporto con l'amministrazione dei cittadini, dei soggetti economici, delle formazioni sociali nonché di tutti coloro che operano all'interno del sistema amministrativo. In questo senso si intende la semplificazione amministrativa come sinonimo di riforma amministrativa, cioè un cambiamento complessivo dell'amministrazione finalizzato a rendere la sua azione più efficiente, rapida ed economica.

Nel 1990 entra in vigore la legge 7 agosto 1990, n. 241 che segna l'avvio del grande processo di riforma della P.A., ed è ben più di una legge sul procedimento amministrativo, si caratterizza come una legge generale sulla pubblica amministrazione. Il Legislatore prevede una serie di adempimenti volti ad una maggiore trasparenza della P.A. per una riqualificazione del rapporto con il cittadino, caratterizzato dall'impiego degli strumenti informatici.

Il Legislatore del '90 crea una serie di istituti (diritto di accesso, partecipazione al procedimento) e di modalità organizzative (motivazione, certezza dei tempi e responsabile del procedimento) concepiti ai fini di una nuova configurazione del rapporto tra Amministrazioni ed amministrati; il nuovo modello di rapporto, più veloce ed efficiente, è ispirato al principio di conoscibilità degli atti e documenti amministrativi, nonché di partecipazione di cittadini e imprese al concreto svolgimento della funzione pubblica (Cons. Stato, Ad Plen., 4 febbraio 1997, n. 5).

Il nuovo sistema procedimentale costituisce una svolta epocale fondata sul principio di trasparenza dell'azione amministrativa. Il Legislatore poneva anche come principio informatore l'efficienza dell'azione amministrativa, anticipando di qualche anno quella che fu poi definita l'"aziendalizzazione" dell'Amministrazione pubblica (si pensi, ad esempio, al principio del non aggravio del procedimento, all'autocertificazione, alla conferenza di servizi). Quanto all'informatizzazione il Legislatore non aveva ancora "previsto", ma certamente "auspicato" la diffusione della cultura dell'informatica tra i cittadini: la legge 241/1990 è infatti una norma generale che fissa i principi e gli istituti fondamentali del procedimento amministrativo che rivisti e innovati dal T.U 445/2000 e dal D.lgs n. 82/2005 costituiscono le fondamenta normative per l'attuazione del procedimento amministrativo elettronico<sup>15</sup>.

Quindi non più una Pubblica Amministrazione che impersona un interesse pubblico esterno e contrapposto a quello dei cittadini, che agisce tramite

<sup>15</sup> Vedi C. GIURDANELLA – E. GUARNACCIA, *Elementi di diritto amministrativo elettronico*, op. cit., p. 39 ss



provvedimenti unilaterali ed imperativi, ma una P.A. che si democratizza tramite strumenti di partecipazione e di consenso e, non per ultimo (dopo che la legge 241/1990 è stata novellata dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15), di automazione dell'attività amministrativa (vedi art. 3-bis-Uso della telematica: «1. Per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche incentivano l'uso della telematica, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati»). Tale principio costituisce un'ulteriore espressione del canone costituzionale del buon andamento di una Pubblica Amministrazione moderna, efficace, efficiente, trasparente nel dialogo con il cittadino e partecipativa<sup>16</sup>. Un principio, quello dell'uso della telematica, destinato a favorire la dematerializzazione del procedimento e in ultima analisi la sua maggiore celerità determinata dalla contestualità degli atti e degli interventi in esso e per esso normativamente previsti<sup>17</sup>.

A distanza di 15 anni la legge 241/1990 viene novellata dalla legge n. 15 del 2005 che ha ridisegnato, in modo organico, le linee fondamentali di disciplina attraverso l'introduzione di nuove disposizioni o l'aggiornamento delle preesistenti. La novella incide sull'assetto generale del procedimento amministrativo con un intervento che si pone oltre la manutenzione normativa, mirando a conseguire gli obiettivi ambiziosi di una maggiore semplificazione, garanzia, consensualità, coerenza con l'ordinamento comunitario.

Il primo provvedimento legislativo che affronta le questioni giuridiche dell'informatizzazione dell'attività amministrativa è il D. lgs 12 febbraio 1993, n. 39 che prevede espressamente: a) l'elaborazione elettronica degli atti amministrativi (art. 3, comma 1: «gli atti amministrativi adottati da tutte le pubbliche amministrazioni sono di norma predisposti tramite i sistemi informativi automatizzati»); b) la forma elettronica degli atti amministrativi (art. 3, comma 2: «l'emanazione di atti amministrativi attraverso i medesimi sistemi, devono essere accompagnati dall'indicazione della fonte e del responsabile della emanazione. Se per la validità di tali operazioni e degli atti emessi sia prevista l'apposizione di firma

<sup>16</sup> Vedi C. GIURDANELLA, *Guida alla riforma del procedimento amministrativo*, Napoli 2005, p. 16; nonché C. GIURDANELLA-E. GUARNACCIA, *Amministrazione digitale: leggiamo il Codice (I)*, in Interlex, marzo 2004

<sup>17</sup> Il c.d. "procedimento a stella", secondo l'espressione di G. DUNI, *L'evoluzione del procedimento amministrativo. Dai procedimenti sequenziali al procedimento a stella*, in Telejus, marzo 2005, all'url [www.telejus.it/articoli/articolo28-3.html](http://www.telejus.it/articoli/articolo28-3.html). Così l'accelerazione del procedimento non è affidata esclusivamente all'informatizzazione dei singoli istituti (si pensi, in particolare, alla conferenza di servizi, nata già come strumento di semplificazione procedimentale, ed oggi digitalizzata ex art. 14, comma 5-bis, legge 241/1990, nonché art. 41, comma 3, C.A.D) ma all'informatizzazione dell'intero modulo procedimentale; cfr. ID., *Ancora sul procedimento amministrativo telematico: le ultime ricerche*, in 'Diritto amministrativo elettronico', Relazione al DAE 2004, III Convegno Nazionale sul Diritto Amministrativo Elettronico, Catania 3-4 luglio 2004.

autografa, la stessa è sostituita dall'indicazione a stampa, sul documento prodotto dal sistema automatizzato, del nominativo del soggetto responsabile»).

Nel 1997 avviene la svolta decisiva, l'ordinamento riconosce formalmente la validità e rilevanza giuridica dell'attività amministrativa in forma elettronica. La legge 15 marzo 1997, n. 59, relativa alla riforma della P.A. e alla semplificazione amministrativa, la c.d. "Legge Bassanini uno", recependo le indicazioni fornite dall'Autorità per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione (istituita dal D.lgs n. 39/1993) dispone nel suo art. 15, comma 2: «gli atti, dati e 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». Si introduce il principio di generale validità e rilevanza giuridica dell'atto in forma elettronica, affermandosi la piena equiparazione della documentazione elettronica alla tradizionale documentazione cartacea.

Per quanto concerne il Testo Unico sulla Documentazione Amministrativa-TUDA (D.P.R. n. 445/2000), ci si limita, in questa sede, a riportare alcuni passi, assai chiarificatori dello spirito di questo testo normativo, del parere della Sez. Consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato (Ad. 18 settembre 2000, n. 147) sull'allora schema di Testo Unico:«...lo schema di Testo Unico in esame, predisposto dall'Amministrazione ai sensi dell'art. 7 comma 1 lett. c) della legge 8 marzo 1999 n. 50, raccoglie e coordina le numerose disposizioni stratificatesi nel corso degli anni in materia di documentazione amministrativa, nel dichiarato proposito di agevolarne la consultazione e la conseguente applicazione (...).

Sullo sfondo, l'obiettivo che si intende perseguire è quello della "decertificazione" della completa eliminazione cioè dell'obbligo di presentazione da parte del cittadino del certificato, sino ad oggi ritenuto l'unica fonte di verace certezza giuridica per quanto riguarda la prova dei fatti, stati e qualità personali (...).

Il Testo Unico raccoglie poi e coordina le norme in materia di redazione e gestione dei documenti informatici, armonizzandone il contenuto fortemente innovativo con la disciplina riguardante la documentazione cartacea tradizionale. A tal fine, le norme sul documento informatico sono state fin dove possibile accorpate alla disciplina tradizionale cui si ricollegano sul piano applicativo, onde consentire l'applicabilità del Testo Unico anche nella fase di transizione verso la decartolarizzazione delle certezze pubbliche (...).

Da quanto sopra è derivato un testo di grande rilievo, la cui necessità era profondamente avvertita dagli operatori e dai cittadini, e che merita in generale convinta approvazione: si tratta infatti, ad avviso della Sezione, di un testo senz'altro suscettibile di costituire un punto di riferimento nell'ambito di un processo di evoluzione normativa che ha inciso profondamente e positivamente nella prassi amministrativa, nel costume e nella coscienza collettiva».

Il Codice dell'Amministrazione Digitale (Decreto Legislativo 7 marzo 2005, n. 82) costituisce un importante punto d'arrivo nel processo di informatizzazione della Pubblica Amministrazione italiana, ponendo l'utilizzo delle ICT al centro della disciplina giuridica dell'azione amministrativa, divenendo un parametro imprescindibile nella valutazione del buon andamento dell'azione stessa. La pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale del 16 maggio 2005 del D. Lgs 7 marzo 2005 n. 82, a dire dell'avv. Enrico De Giovanni, capo dell'Ufficio legislativo del Ministro per l'Innovazione e le Tecnologie, «ha costituito quel definitivo salto di quantità e qualità che consente oggi di parlare del “diritto pubblico dell'informatica” come di un nuovo ramo del diritto ormai compiuto ed articolato» (vedi *Prefazione* al vol. “Elementi di diritto amministrativo elettronico”, novembre 2005).

Come è noto lo schema del Codice tenta di affrontare in modo organico la tematica dell'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione nelle pubbliche amministrazioni.

A) *Il Parere del Consiglio di Stato*. In questa prospettiva ci appare rilevante riportare alcuni passi del Parere del Consiglio di Stato n. 11995/04 riguardante lo schema di decreto legislativo recante il *Codice dell'amministrazione digitale*. Il testo di decreto legislativo proposto dal Ministro per l'Innovazione e le Tecnologie, in attuazione della delega contenuta nell'art. 10 della legge 29 luglio 2003, n. 229 (*Interventi in materia di qualità della regolazione, riassetto normativo e codificazione- Legge di semplificazione 2001*), viene sottoposto all'analisi del Consiglio di Stato nell'Adunanza del 7 febbraio 2005.

Il CdS considera lo schema «uno dei primi provvedimenti della nuova fase di codificazione finalizzata alla semplificazione e al riordino (ora denominato “riassetto”) normativo, sulla quale questo Consiglio ha avuto modo di esprimersi ampiamente in relazione allo schema di decreto legislativo concernente il “*Codice dei diritti di proprietà industriale*”, oggetto del parere n. 2/2004 del 25 ottobre 2004 dell'Adunanza generale...».

I giudici affermano che «lo schema in oggetto affronta per la prima volta in modo organico il tema dell'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (c.d. ICT) nelle pubbliche amministrazioni, nonché della disciplina dei fondamentali principi giuridici applicabili al documento informatico e alla firma digitale.

Si tratta di un'opera di indubbio rilievo sistematico, che può fornire ai cittadini, alle imprese e alle stesse pubbliche amministrazioni uno strumento normativo ampio, tale da orientare in maniera organica i processi di innovazione in atto.

Un strumento quello del codice, che vista la assoluta peculiarità della materia trattata può contribuire non soltanto alla erogazione di servizi più efficienti e veloci, ma anche a consentire forme innovative di partecipazione alla vita amministrativa e politica. Che può avvicinare i destinatari dell'innovazione (i cittadini, le imprese, la società civile) ai suoi protagonisti (gli amministratori,

i funzionari e gli impiegati pubblici), nella nuova “amministrazione digitale”, attraverso un intervento più tradizionale e di chiara leggibilità come è un codice, ossia una raccolta organica di disposizioni legislative»

Pur riconoscendo l'importanza dell'opera di sistematizzazione dello schema di decreto, nonché l'enorme portata innovativa, e ritenendo di «dover dare atto alla referente Amministrazione di essersi data carico con impegno di tale opera di generale di riordino indicata sin dal parere n. 7904/04<sup>18</sup>, come l'unica in grado di attuare compitamente la delega in questione e di avere effettuato uno sforzo consistente per accelerare il più possibile, fino quasi a forzare, il cambiamento e l'innovazione...», i giudici fanno alcune osservazioni di assoluto rilievo, invitando il Dipartimento dell'innovazione e le altre amministrazioni interessate ad adeguare il codice:

«In sintesi, le osservazioni della Sezione mirano a conseguire:

- un testo che sia completo e “leggibile” sull'argomento centrale della disciplina, quello della “amministrazione digitale”, che ricomprenda, quantomeno, anche le normative in corso di adozione sul sistema pubblico di connettività-SPC, sull'indice delle anagrafi INA e sulla posta elettronica certificata (anche recando contestualmente una raccolta organica di norme regolamentari sulla stessa materia...;
- un testo che affianchi alle enunciazioni programmatiche e di principio, contenute in varie parti del testo, norme precettive- applicabili tramite un processo graduale e guidato di implementazione o, in altri casi, direttamente esecutive volte all'effettivo perseguimento delle finalità della delega *“di garantire la più ampia disponibilità di servizi resi per via telematica dalle pubbliche amministrazioni e dagli altri soggetti pubblici e di assicurare ai cittadini e alle imprese l'accesso a tali servizi secondo il criterio della massima semplificazione degli strumenti e delle procedure necessari e nel rispetto dei principi di uguaglianza, non discriminazione e della normativa sulla riservatezza dei dati personali”*...;
- un testo che non renda incomplete altre discipline già organiche (come quella sulla documentazione amministrativa) e che non tenda ad assorbire la disciplina del procedimento o della documentazione amministrativa, ma che operi il necessario riordino ripensando “a livello informatico” la disciplina sostanziale, nelle sedi sistematicamente proprie...;
- un testo che non rechi una consistente rilegificazione in una materia la quale invece richiede ontologicamente la massima flessibilità e che

<sup>18</sup> Trattasi del parere espresso e dalla Sezione consultiva (Ad. 30 agosto 2004) sullo schema di decreto legislativo recante la “Istituzione del sistema pubblico di connettività e della rete internazionale della pubblica amministrazione”

- demandi una buona parte della disciplina ad una (possibile coeva) raccolta di norme regolamentari (ovvero, eventualmente, a raccolte distinte per i diversi livelli normativi secondari)...;
- un testo che, nell'accelerare il cambiamento, prevenga con misure concrete l'incremento (allo stato ipotizzabile) del fenomeno del *digital divide* o i rischi che potrebbero derivare dalla troppo rapida scomparsa del documento cartaceo e da una separazione delle discipline della gestione dei documenti da quella degli archivi...;»

Si legge ancora nel parere «Una delle caratteristiche dell'intervento, infatti, già evidenziata nel precedente parere 7904/04 dovrebbe essere quello della sua esaustività e sistematicità, quantomeno in relazione agli strumenti portanti dell'innovazione digitale nelle pubbliche amministrazioni (cfr. in particolare, la lettera *d*) della norma di delega, che impone anche di “realizzare il coordinamento formale del testo delle disposizioni vigenti, apportando, nei limiti di detto coordinamento, le modifiche necessarie per garantire la coerenza logica e sistematica della normativa anche al fine di adeguare o semplificare il linguaggio normativo”

Lo schema in oggetto, invece, si limita a riordinare soltanto un parte della disciplina attualmente vigente, come si evince chiaramente dalla “tabella di corrispondenza” e dalla norma sulle abrogazioni, che in realtà si incentra esclusivamente su due delle molteplici fonti normative riguardanti l'informatizzazione dell'amministrazione pubblica...»

Lo schema, secondo il CdS, si concentra soprattutto sul DPR 445/2000 (*Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa*) lasciando fuori dall'intervento altri impianti normativi, anch'essi importanti, che qui dovrebbero essere ricompresi; in particolare la normativa relativa al Sistema pubblico di connettività, come si evince dallo stesso parere: «se un intervento come la creazione dell'SPC non può prescindere dal riassetto normativo e codificazione della normativa primaria regolante la materia, vale a maggior ragione, il reciproco, perché un codice non può non contenere, al suo interno, una innovazione così recente e cruciale come quella di cui al richiamato schema».

Nonostante queste riserve, il Consiglio di Stato ha espresso un parere favorevole, riconoscendo e sottolineando l'enorme portata innovativa e di stimolo all'innovazione del provvedimento normativo in esame, tanto da non poter rischiare la scadenza del termine per la sua emanazione, fissato dalla legge delega<sup>19</sup>.

<sup>19</sup> Vedi C. GIURDANELLA-E. GUARNACCIA, La PA digitale nel parere del Consiglio di Stato, in *Interlex. Diritto Tecnologia Informazione*, <http://www.interlex.it>

**B) Il CAD ed il procedimento amministrativo.** L'art. 3-bis (uso della telematica) della legge 15/2005 che ha novellato la legge 7 agosto 1990, n. 241 sul procedimento amministrativo fa espresso riferimento all'utilizzo della telematica nella prospettiva di a) semplificare; b) rendere più efficiente ed efficace l'azione amministrativa; c) alleggerire l'attività delle Pubbliche Amministrazioni. Trattasi di un processo ad ampio spettro che si indirizza all'intero apparato amministrativo e che trova il suo momento principale nell'emanazione del D. Lgs 4 marzo 2005, n. 82 recante il Codice dell'Amministrazione Digitale.

Il CAD per quanto concerne il procedimento amministrativo innova dettando i principi generali per una capillare riorganizzazione gestionale e per un'organica informatizzazione del procedimento amministrativo. L'art. 15, comma 2, prescrive che la riorganizzazione gestionale, da perseguire insieme a quella strutturale, debba riguardare la razionalizzazione e la semplificazione di procedimenti amministrativi, attività gestionali e documenti.

L'art. 41 ("Procedimento e fascicolo informatico"), al comma 1 dispone che: «Le Pubbliche Amministrazioni gestiscono i procedimenti amministrativi utilizzando le tecnologie dell'informazione e della comunicazione, nei casi e nei modi previsti dalla normativa vigente».

Cosicché le Amministrazioni devono garantire sia la tenuta dei fascicoli informatici in cui confluiranno gli atti e documenti del procedimento da chiunque formati (art. 41, comma 2), sia la partecipazione al procedimento amministrativo e sia il diritto di accesso ai documenti amministrativi mediante l'uso delle tecnologie dell'informazione (art. 4).

Quanto agli amministrati si può affermare che il principio generale contenuto nell'art. 3-bis della legge 15/2005 si riveste di concrete e significative implicazioni con il disposto nell'art. 3 del CAD: «I cittadini e le imprese hanno diritto a richiedere ed ottenere l'uso delle tecnologie telematiche nelle comunicazioni con le Pubbliche Amministrazioni centrali e con i gestori di pubblici servizi statali nei limiti di quanto previsto nel presente codice».

Ora, tali norme sul procedimento amministrativo, assolutamente rivoluzionarie, sono direttamente applicabili a Regioni e Enti locali?

Tenendo a mente la riforma del Titolo V della Costituzione (legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3) dobbiamo rilevare che il procedimento amministrativo non è previsto tra le materie di competenza legislativa statale, né esclusiva, né concorrente. Le norme procedurali del CAD non possono considerarsi di "coordinamento informatico" ex art. 117, comma 2, lett. r), Cost. nei termini del significato dato a tale disposizione costituzionale dalla Consulta. Secondo la Corte Costituzionale il potere di coordinamento attribuito allo Stato dalla norma *de qua* è di natura solamente tecnica, atto solo ad

assicurare una comunanza di linguaggi, di procedure e di standard omogenei, garantendo così la piena cooperazione operativa fra tutti i soggetti pubblici che operano sul territorio nazionale<sup>20</sup>.

Le norme del CAD devono essere considerate allo stesso modo di quelle della legge 241/1990 all'indomani della riforma del Titolo V della Costituzione, quando la dottrina e giurisprudenza le considerarono vigenti anche negli ordinamenti regionali per la necessità di garantire principi procedurali uniformi in base art. 120, comma 2, Cost. «Il Governo può sostituirsi a organi delle Regioni, delle Città metropolitane, delle Province e dei Comuni (...) quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali» nonché, più in generale, dai principi di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione ex artt. 3 e 97 Cost.

In conclusione, l'applicabilità immediata delle norme procedurali del CAD a Regioni ed Enti locali potrà riconoscersi solo se tali norme saranno considerate principi generali alla stessa stregua delle norme della legge 241/1990<sup>21</sup>.

### III PARTE

#### **III.1. *e-Procurement. Approvvigionamenti pubblici elettronici: DPR n. 101/2002***

A) Il termine *e-Procurement*, secondo il DIT, indica quell'insieme di tecnologie, procedure, operazioni, e modalità organizzative che consentono l'acquisizione di beni e servizi on-line, grazie alle possibilità offerte dallo sviluppo della rete internet e del commercio elettronico.

Si tratta di una nuova modalità di gestione di tutto il processo di acquisto molto diffusa nel settore privato, ma che solo negli ultimi anni riscuote una notevole attenzione da parte delle Pubbliche Amministrazioni.

La diffusione dell'*e-procurement* nel settore pubblico si inserisce nel quadro di un più ampio processo di rinnovamento delle P.A., caratterizzato certamente da un consistente utilizzo delle nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione (ICT), così come da innovazioni legislative e processi di semplificazione dell'intera macchina amministrativa.

Il massiccio impiego delle tecnologie ICT nelle P.A. non poteva non riguardare la contrattualistica pubblica; si sviluppa il fenomeno degli appalti pubblici elettronici.

<sup>20</sup> Corte Cost., 16 gennaio 2004, n. 17, in Giur. Cost. 2004, f. 1.

<sup>21</sup> Vedi C. GIURDANELLA – E. GUARNACCIA, Elementi di diritto amministrativo elettronico op. cit., pp. 58-59

Nell'ambito del Programma di Razionalizzazione della Spesa Pubblica, partito nel 2000, sia l'azione normativa, sia quella di governo si sono impegnate nell'individuazione di azioni e strumenti per contenere la spesa pubblica e di migliorare l'efficienza e l'efficacia dell'azione amministrativa. Il Programma di Razionalizzazione della Spesa Pubblica si sviluppa a seguito dell'introduzione di un nuovo sistema per l'ottimizzazione degli approvvigionamenti pubblici previsto dall'art. 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488, legge finanziaria 2000: «1. Il Ministero del Tesoro, del Bilancio e della Programmazione economica, nel rispetto della vigente normativa in materia di scelta del contraente, stipula, anche avvalendosi di società di consulenza specializzate, selezionate anche in deroga alla normativa di contabilità pubblica, con procedure competitive tra primarie società nazionali e estere, convenzioni con le quali l'impresa prescelta si impegna ad accettare, sino a concorrenza della quantità massima complessiva stabilita dalla convenzione ed ai prezzi e condizioni ivi previsti, ordinativi di fornitura deliberati dalle amministrazioni dello Stato. I contratti conclusi con l'accettazione di tali ordinativi non sono sottoposti al parere di congruità economica (...) 3. Le amministrazioni centrali e periferiche dello Stato sono tenute ad approvvigionarsi utilizzando le convenzioni stipulate ai sensi del comma 1, salvo quanto previsto dall'art. 27, comma 6. Le restanti pubbliche amministrazioni hanno facoltà di aderire alle convenzioni stesse, ovvero devono utilizzarne i parametri di qualità e di prezzo per l'acquisto di beni comparabili con quelli oggetto di convenzionamento...».

L'introduzione delle tecnologie ICT nelle procedure pubbliche di appalto costituisce uno dei principali obiettivi del Governo sin dalle sue prime politiche di innovazione tecnologica. Già nel Piano d'Azione per l'*e-governement*, approvato il 23 giugno 2000, l'Azione n. 12 (*Approvvigionamento elettronico*), così statuiva: «...le norme di riferimento sono contenute nel disegno di legge annuale per la semplificazione. Tali disposizioni, permetteranno, anche con riferimento alla nuova disciplina introdotta dall'art. 26 della Legge n. 488 del 1999 di attivare un'asta telematica permanente ove si potranno incontrare offerta e domanda, in tempo reale, garantendo sempre all'amministrazione le migliori condizioni di mercato. Anche la pubblicazione dei bandi di gara potrà avvenire in via telematica e verranno emanate delle norme regolamentari per rendere compatibile tale nuovo sistema con la disciplina attuale della contabilità generale dello Stato. Vengono inoltre istituiti, con provvedimento amministrativo, due comitati di coordinamento per monitorare e guidare questo processo di trasformazione presso le amministrazioni centrali.

Le stesse procedure potranno essere adottate volontariamente anche dalle amministrazioni locali».

Il sistema di convenzionamento centralizzato per l'acquisto di beni e servizi, affidato alla Consip Spa, viene previsto, come già detto, con l'intento di razionalizzare e ridurre la spesa pubblica. Il Ministero del Tesoro, del Bilancio e



della Programmazione, anche avvalendosi di soggetti terzi, stipula convenzioni quadro con fornitori scelti tramite le usuali procedure di evidenza pubblica, aventi ad oggetto l'impegno da parte di questi ultimi a garantire le loro prestazioni a favore delle stazioni appaltanti che, di volta in volta, decideranno di ricorrervi, nei limiti e alle condizioni contenute nelle stesse convenzioni, le quali sono inoltre sottoposte ad un regime di favore in materia di controlli. Le Amministrazioni dello Stato sono obbligate ad aderire alle convenzioni quadro, mentre le altre P.A. sono solo tenute ad osservarne i parametri di qualità e prezzo.

Il Ministero quindi con D.M. 17 giugno 1998, rubricato "Affidamento alla Consip Spa delle attività informatiche riservate allo Stato", istituiva la Consip, una società per azioni da esso totalmente controllata. Il D.M. attribuiva inoltre alla Consip il compito di svolgere tutte le attività informatiche riservate allo Stato, già a sua volta individuate dal D. Lgs 19 novembre 1997, n. 414, il cui art. 1, rubricato "Attività informatiche in materia finanziaria e contabile", dispone che «1. In relazione al carattere di riservatezza, ed al fine di assicurare la sicurezza e la continuità di talune specifiche attività informatiche dello Stato in materia di finanza e contabilità pubblica, possono essere individuati, nell'ambito delle funzioni di consulenza, indirizzo, programmazione, coordinamento, controllo e reperimento delle risorse strumentali, ivi compreso l'espletamento delle procedure di gara, particolari servizi informatici, determinati ai sensi del comma 2, il cui esercizio è riservato allo Stato;

2. Con Decreto del Ministro del Tesoro, del Bilancio e della Programmazione economica, da emanarsi entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo, sentita l'Autorità per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione (AIPA), sono individuate, sulla base dei criteri di cui al comma 1, le specifiche attività informatiche riservate alla Stato, da svolgere mediante un organismo a struttura societaria, con unica ed esclusiva funzione di servizio per lo Stato, che opera secondo gli indirizzi strategici stabiliti dall'Amministrazione...».

Il sistema Consip è stato oggetto di vari interventi normativi. Prima la legge 24 dicembre 2003, n. 350, toglieva l'obbligo per le Amministrazioni statali di utilizzare le convenzioni, se non per l'acquisto di beni e servizi di 'rilevanza nazionale'; per le Amministrazioni locali poi veniva meno l'obbligo di utilizzare le convenzioni come parametri di qualità e di prezzo.

Infine il D.L. 12 luglio 2004, n. 168, convertito con modificazioni in legge 30 luglio 2004, n. 191, nell'ambito degli interventi urgenti per il contenimento della spesa pubblica ha confermato il non obbligo di adesione alle convenzioni per le Amministrazioni statali, togliendo addirittura la condizione 'rilevanza

nazionale'. Reintroduce però l'obbligo di utilizzare i parametri di qualità-prezzo contenuti nelle convenzioni<sup>22</sup>.

**B)** Il D.P.R. 4 aprile 2002, n. 101 (*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*) regola per la prima volta gli appalti pubblici di forniture e servizi realizzati tramite procedure telematiche<sup>23</sup>.

Con l'obiettivo di ricercare soluzioni che consentano alla P.A. razionalizzare e contenere la spesa pubblica, spedendo "meno e meglio", e dopo l'entrata in vigore del DPR n. 101/02 che introduce l'utilizzo di strumenti telematici di acquisto nelle P.A., in Italia si sono sviluppate soluzioni di *e-procurement* sia a livello centrale che a livello periferico.

Senza dubbio con il Programma di Razionalizzazione della Spesa Pubblica che ha visto Consip eseguire gare telematiche e poi disegnare e consolidare il Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione (MEPA) si è avuto una forte spinta all'adozione di strumenti telematici; molte amministrazioni locali hanno ideato e definito soluzioni locali per far fronte a fabbisogni specifici sfruttando al meglio le potenzialità delle economie del territorio<sup>24</sup>.

Come già esposto il DPR 101/02 ha dettato una disciplina recante i criteri e modalità per l'espletamento da parte delle amministrazioni pubbliche di procedure telematiche di acquisto per l'approvvigionamento di beni e servizi. Il Regolamento è articolato in due parti che disciplinano, rispettivamente, lo svolgimento delle gare telematiche, per importi eventualmente sopra soglia, e il c.d. mercato elettronico, per gli acquisti sotto soglia<sup>25</sup>.

Il regolamento si compone di 13 articoli suddivisi in quattro capi, così descritti nel Parere del Consiglio di Stato del 03.12.2001, n. 142: «Nel primo capo sono contenute le norme di carattere generale concernenti l'ambito di applicazione soggettivo e oggettivo, i principi organizzativi finalizzati all'identificazione

<sup>22</sup>M. GRECO, Il sistema Consip e gli appalti di servizi e forniture nella P.A. dopo la finanziaria 2004. Dossier tematico, in "Appalti & Contratti", all'url [www.appaltiecontratti.it/download/dossier\\_g.pdf](http://www.appaltiecontratti.it/download/dossier_g.pdf)

<sup>23</sup>Si sottolinea che il DPR n. 101/2002 sarà abrogato ex art. 256, comma 4, D. Lgs 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei Contratti pubblici, entrato in vigore il 1 luglio 2006), a decorrere dall'entrata in vigore del regolamento da emanarsi ai sensi dell'art. 5 del citato codice.

<sup>24</sup>Da tale contesto è emersa la necessità di un confronto, di una analisi delle soluzioni tecniche e organizzative adottate, di una chiarificazione su alcune aree grigie della normativa, di una visione prospettica. In tal senso, su iniziativa del Ministero dell'Economia e delle Finanze, all'inizio del 2004, è stato creato un nucleo stabile di Amministrazioni locali che, insieme a Consip, hanno dato vita al Gruppo di lavoro "I sistemi di e-procurement pubblico in Italia". Per un approfondimento vedi del GdL Regioni/EELL/MEF/CONSIP il Documento di Lavoro "I sistemi di e-procurement pubblico in Italia: prime evidenze emerse-2004", giugno 2005.

<sup>25</sup>Vedi M. GATTI, Il D.P.R. n. 101/02 ad un anno dalla sua emanazione: ambiti e problematiche di applicazione, in "Quaderni del DAE. Rivista di Diritto Amministrativo Elettronico, 2003

univoca dell'utente all'atto di accesso al sistema, le forme di pubblicità e di comunicazione, valide anche ai fini delle disposizioni contenute nella legge 7 agosto 1990, n. 241, la validità degli atti, il procedimento di abilitazione degli utenti all'accesso al sistema elettronico e telematico e le modalità di comunicazione dello strumento identificativo e di quello di sottoscrizione.

Il secondo capo ha per oggetto le gare telematiche e disciplina le modalità di pubblicazione e il contenuto del bando telematico e dell'invio agli utenti.

Il terzo capo del regolamento disciplina il Mercato Elettronico della pubblica amministrazione per l'acquisto di beni e servizi sotto soglia comunitaria e stabilisce in particolare i contenuti del bando concernente le modalità di accesso degli utenti al Mercato Elettronico.

Nel capo quarto, contenenti le norme finali, è prevista l'istituzione della Commissione per le negoziazioni telematiche di cui si stabiliscono la composizione e i compiti; nello stesso capo è prevista la disciplina per un corretto monitoraggio delle procedure di acquisto..».

Puntualizzano, inoltre, i giudici amministrativi nella 'Premessa' del Parere che «Per quanto riguarda l'ambito soggettivo, il regolamento si applica non solo alle amministrazioni statali, ma anche a tutte le amministrazioni aggiudicatrici (secondo l'accezione comunitaria) che, per l'espletamento delle procedure ad evidenza pubblica, optino per la realizzazione attraverso sistemi elettronici e telematici di negoziazione: si tratta dunque di una procedura che le amministrazioni avranno la facoltà, e non l'obbligo, di seguire.

Quanto all'ambito oggettivo, le gare telematiche che il regolamento disciplina sono quelle relative all'acquisto di beni e servizi»

Il regolamento nell'art. 1 comma 1 lett. e) definisce "amministrazioni" «...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 comma 4 dell'art. 2, a sua volta, 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 e salvo che non aderiscano alle convenzioni stipulate ai sensi dell'articolo 26 della legge 23 dicembre 1999, e successive modificazioni»

Quindi Regioni e Enti locali "possono applicare" le disposizioni del regolamento; è possibile allora che le amministrazioni locali operino un rinvio parziale alle disposizioni del regolamento, cioè ritengano di conformarsi solo a talune disposizioni, non richiamando integralmente il Regolamento?

Il Consiglio di Stato nel Parere supra citato prende espressamente posizione a favore della necessaria applicazione integrale del D.P.R. n. 101/2002 da parte degli enti non centrali, ritenendo che «È vero che l'adozione delle procedure previste nel testo in esame è facoltativa, ma dal contesto è evidente che si tratta

di una facoltatività limitata all'*an*, e non estesa al *quomodo*; nel senso cioè che, una volta deciso di procedere all'acquisto di beni e servizi in via telematica, le regole da seguire devono essere quelle del regolamento e non altre...»<sup>26</sup>.

L'art. 2 comma 3 prevede che «rimane ferma la possibilità per le amministrazioni di effettuare gli approvvigionamenti di beni e servizi con le tradizionali procedure di scelta del contraente anche utilizzando, a supporto del procedimento, sistemi elettronici e telematici secondo le disposizioni della normativa vigente»<sup>27</sup>.

Ora anche prima dell'emanazione del Regolamento, molte amministrazioni avevano avviato sperimentalmente forme innovative di utilizzo di strumenti informatici e telematici nelle procedure di acquisizione. La norma del DPR n. 101/02, oltre a legittimare indirettamente *ex post* l'uso di strumenti informatici nelle procedure d'appalto, consente di utilizzare nelle procedure "tradizionali", gestite prevalentemente su supporti cartacei, strumenti quali il documento informatico, firme elettroniche, e-mail ecc.

D'altronde la normativa aveva già introdotto nell'ordinamento alcuni strumenti informatici con l'obiettivo di ottimizzare l'azione amministrativa (si pensi ad esempio all'art. 14 DPR n. 445/2000 riguardante il documento informatico «Il documento informatico trasmesso per via telematica si intende inviato e pervenuto al destinatario, se trasmesso all'indirizzo elettronico da questi dichiarato»).

C) Si intende per abilitazione dei fornitori il processo che inizia dalla domanda di abilitazione ad una Amministrazione aggiudicatrice a seguito della pubblicazione di un bando o di un invito. Ne fanno parte integrante i documenti che il fornitore deve compilare o accettare seguendo la procedura indicata (*off line* od *on line*) e le successive attività di identificazione e verifica propedeutiche alla fase di offerta<sup>28</sup>.

Il concetto di "abilitazione del fornitore" è caratteristico delle procedure telematiche di acquisto: il DPR n. 101/2002, art. 1 lett g) parla di "utente" come del «fornitore di beni o il prestatore servizi abilitato ai sensi del presente regolamento a partecipare alle procedure telematiche di acquisto attraverso il processo di autorizzazione;»

<sup>26</sup> In questo senso anche M. GRECO, L'applicazione del DPR n. 101/2002 nell'ente locale, in "Appalti e contratti", [www.appaltiecontratti.it](http://www.appaltiecontratti.it), per il quale "è evidente che l'Ente non può invece dare un'applicazione mista o a discrezione del regolamento: una volta che l'Amministrazione delibera di applicare il DPR n. 101/02, dovrà darne integrale attuazione, pena l'illegittimità del procedimento e del suo atto conclusivo"

<sup>27</sup> In questo senso M. GRECO L'applicazione del DPR n. 101/2002 nell'ente locale, in "Appalti e contratti", [www.appaltiecontratti.it](http://www.appaltiecontratti.it), per il quale "tale norma sembra quindi prefigurare la possibilità di dar vita a sistemi paralleli di negoziazione telematica, prescindenti dall'applicazione del regolamento"

<sup>28</sup> Vedi GdL Regioni/EELL/MEF/CONSIP, Documento di Lavoro "I sistemi di e-Procurement pubblico in Italia: prime evidenze" giugno 2005, p. 9 ss.

Inoltre l'art. 4 del medesimo diploma legale prevede espressamente che tutte le procedure telematiche di acquisto debbano essere precedute da specifiche fasi di abilitazione aperte al pubblico.

La fase di abilitazione si conclude con l'invio di una comunicazione (in via telematica) circa l'esito della procedura o con il rilascio di password per l'accesso al sistema di negoziazione *on line*.

Con l'obiettivo di identificare dei modelli di abilitazione il GdL Regioni/EELL/MEF/CCONSIP ha effettuato un'analisi delle diverse procedure di abilitazione messe in atto dalle Amministrazioni "pioniere" dell'*e-Procurement* in Italia, individuando dei modelli comuni di approccio e degli elementi comuni nelle diverse procedure.

I modelli comuni sono riconducibili alla possibilità che il fornitore abilitato partecipi a 1) più eventi negoziali 2) partecipi ad un unico evento negoziale.

Nella procedura per eventi singoli la possibilità di abilitarsi si apre per ciascun evento negoziale, mentre nelle procedure per eventi multipli l'abilitazione è valida per una pluralità di eventi e non legata alla singola negoziazione.

Nelle "procedure per eventi multipli", l'abilitazione dei fornitori può avvenire con la semplice indicazione della categoria merceologica di riferimento (cosiddetti "Albo fornitori *on line*") oppure con contestuale presentazione di un catalogo prodotti (Mercato Elettronico delle PA o gli "*e-catalogue*").

Nel caso che la stazione appaltante abiliti un fornitore senza che questo debba presentare contestualmente anche un catalogo prodotti, si configura l'"Albo fornitori *on line*" all'interno del quale i fornitori vengono classificati in maniera più o meno articolata in categorie merceologiche.

Nel caso in cui il fornitore, contestualmente alla richiesta di abilitazione, debba presentare anche un catalogo prodotti *on line* (come nel Mercato Elettronico della PA) si configura probabilmente il caso più completo, efficace ed efficiente di negoziazione telematica. In questo caso il fornitore deve superare sia i requisiti relativi alla parte anagrafica, amministrativa e normativa, sia i requisiti tecnici legati ai prodotti per i quali si sta abilitando.

Nel modello di "procedura per singoli eventi" la distinzione ulteriore può essere fatta in base al momento di abilitazione del fornitore in relazione alla presentazione della sua offerta.

Se l'abilitazione del fornitore è precedente alla presentazione dell'offerta si può fare riferimento alle Gare telematiche espletate in ottemperanza del DPR n. 101/02 che, come si sa, prevede l'abilitazione dei fornitori in fase di bando di abilitazione o avviso di gara e solo successivamente gli abilitati ricevono l'invito da parte dell'Amministrazione a partecipare e a presentare offerte.

Se invece l'abilitazione del fornitore è contestuale alla presentazione dell'offerta si può fare riferimento ad esempio alla cornice normativa della Direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004, di cui tratteremo in seguito.

L'abilitazione ha certamente oggetto e finalità differenti a seconda che si tratti di Mercato Elettronico o di Gare Telematiche. Si ricordi, per esempio, che nel caso delle Gare Telematiche l'abilitazione dovrà necessariamente essere seguita dall'avviso di gara, che conterrà le specifiche previsioni, condizioni e modalità per prendere parte al procedimento; invece nel Mercato Elettronico (che per espressa disposizione normativa è destinato ad acquisti di importo inferiore alla soglia di rilievo comunitario) la semplice abilitazione del fornitore è sufficiente perché l'amministrazione possa concludere un contratto e quindi acquistare mediante ordine diretto un prodotto dal catalogo del fornitore abilitato.<sup>29</sup>

Nel Mercato Elettronico accanto all'abilitazione "soggettiva" dei fornitori, è possibile prevedersi l'abilitazione dei prodotti e dei servizi che i fornitori offriranno (abilitazione oggettiva)

L'opportunità dell'abilitazione "oggettiva" discende da una espressa previsione dell'art. 11, comma 4, lett. b), che richiede di indicare all'interno del Bando di abilitazione «le specifiche tecniche, costruttive e di qualità dei beni, nonché i livelli dei servizi cui raffrontare i beni e servizi offerti ai fini dell'abilitazione dei fornitori».

I cataloghi conterranno, pertanto, beni e servizi la cui conformità al capitolato tecnico è stata preventivamente vagliata in sede di abilitazione.

L'abilitazione del fornitore non riguarderà soltanto l'ambito soggettivo, ma presuppone che il fornitore sia in grado di predisporre e offrire un catalogo di "prodotti abilitati" pronti all'acquisto da parte dell'amministrazione. L'abilitazione del fornitore non può prescindere dall'abilitazione dei relativi beni e servizi da questo offerto all'interno del Mercato Elettronico.

Come richiesto dall'art. 11 del DPR n. 101/2002 e l'art. 15 delle Regole di accesso al Mercato Elettronico Consip ([www.acquistinretepa.it](http://www.acquistinretepa.it)), l'abilitazione al Mercato Elettronico avviene tramite appositi Bandi di abilitazione relativi alle categorie di beni e servizi che andranno a costituire il Mercato Elettronico. Si tratta di una procedura a) aperta nel tempo; b) ad evidenza pubblica; c) non competitiva.

---

<sup>29</sup> La speciale finalità del processo di "abilitazione" rispetto alle procedure di acquisto "on line" è confermata anche dalla Direttiva 2004/18/CE recante il coordinamento delle procedure di acquisizione, la quale disciplina alcune innovative modalità di approvvigionamento che prevedono specifiche fasi assimilabili al processo di abilitazione di cui al DPR n. 101/2002. Si pensi, in particolare, al Sistema dinamico di acquisizione di cui all'art. 33 della Direttiva 2004/18/CE che prevede l'utilizzo di mezzi elettronici per l'istituzione del sistema e l'aggiudicazione degli appalti, ma che soprattutto richiede l'ammissione al sistema elettronico di acquisto di tutti gli offerenti che soddisfano i criteri di selezione e che hanno presentato un'offerta indicativa conforme al capitolato d'oneri. Tale procedura di "ammissione" al sistema di acquisizione (nonostante sia prevista per gli acquisti sopra soglia) riecheggia molto da vicino l'abilitazione al Mercato Elettronico di cui al DPR n. 101/2002, in quanto attuata sulla base di bandi ad evidenza pubblica, tendenzialmente aperti nel tempo e non competitivi.

Conformemente agli artt. 46 e 47 del DPR n. 445/2000, la domanda di abilitazione è fatta dal fornitore per mezzo di dichiarazioni sostitutive di certificazioni e di atti notori, con le quali il richiedente attesta il possesso dei requisiti richiesti per il rilascio dell'abilitazione. Consip ha però la facoltà di chiedere chiarimenti ed effettuare controlli e verifiche, anche successivamente al rilascio dell'abilitazione, in merito all'effettiva sussistenza dei requisiti dichiarati dai fornitori all'atto della domanda di abilitazione ed in merito alla rispondenza dei prodotti offerti per l'abilitazione alle specifiche tecniche indicate nel Bando.

Per quanto concerne l'abilitazione dei fornitori alle Gare Telematiche (che, a differenza di quanto avviene per il Mercato Elettronico, possono riguardare acquisti di importo superiore alla soglia di rilievo comunitario) si rileva che questa è propedeutica allo svolgimento di una specifica procedura di gara che verrà aperta da un apposito avviso

Pertanto, come previsto dall'art. 9 del DPR n. 101/2002, le gare telematiche sono precedute, almeno 60 giorni prima dell'inizio delle procedure, dalla pubblicazione a cura dell'amministrazione precedente di un bando per l'abilitazione dei potenziali offerenti alla partecipazione alle gare stesse.

Vale la pena sottolineare che alcuni strumenti informatici sono fondamentali dal punto di vista del procedimento e della sicurezza: a) firma digitale; b) casella di posta elettronica; c) protocollo informatico.

- a) Firma digitale.** In generale quando si parla di firma digitale si intende “forte”, o “pesante”, ovvero quella «basata su un sistema a chiavi crittografiche asimmetriche, che utilizza un certificato digitale con particolare caratteristiche, rilasciato da un soggetto con specifiche capacità professionali garantite dallo Stato e che viene creato mediante un dispositivo con elevate caratteristiche di sicurezza che in genere è una smart card» come previsto dal CNIPA-Centro Nazionale per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione e dalla normativa vigente.
- b) Casella di posta elettronica.** Il Dlgs n. 82/2005 indica nella Posta elettronica certificata (PEC) lo strumento che può essere usato per la certificazione della effettiva consegna ed quindi il corrispondente decorrere delle scadenze previste.

Consip nel gestire la sua piattaforma ha scelto di assegnare a ciascun fornitore abilitato una casella e-mail sul proprio sistema. Tale scelta assicura, anche a scopo probatorio, il ricevimento delle notifiche/comunicazioni: la casella può essere validamente assunta come domicilio postale. La posta elettronica certificata è un sistema, come si apprende dal sito del CNIPA, di posta elettronica nel quale è fornita al mittente documentazione elettronica, con valenza legale, attestante l'invio e la consegna di documenti informatici. Il DPR 11 febbraio

2005 n. 68 disciplina le modalità di utilizzo della Posta Elettronica Certificata (PEC) non solo nei rapporti con le P.A. ma anche tra privati cittadini<sup>30</sup>.

- c) **Protocollo informatico.** Secondo le indicazioni del CNIPA «l'insieme delle risorse di calcolo, degli apparati, delle reti di comunicazione e delle procedure informatiche utilizzate dalle amministrazioni per la gestione dei documenti», ovvero, tutte le risorse tecnologiche necessarie alla realizzazione di un sistema automatico per la gestione elettronica dei flussi documentali».

Gli sforzi, sempre più vigorosi, diretti ad aumentare l'efficienza, l'efficacia e la trasparenza dell'azione amministrativa hanno portato negli ultimi anni allo sviluppo e all'introduzione degli strumenti telematici di acquisto, incoraggiati anche da una prima regolamentazione offerta dal DPR n. 101/02 a livello nazionale, dalla Direttiva 2004/18/CE nonché dal D Lgs 12 aprile 2006, n. 163 (entrato in vigore lo scorso 1 luglio). Si aggiunga anche che è maturata la consapevolezza che una qualificazione della domanda pubblica, effettuata anche attraverso l'innovazione degli strumenti stessi di approvvigionamento, costituisce indubbiamente un impulso per favorire l'innovazione di processo sul lato dell'offerta e quindi a livello di Sistema Paese.

### **III. 2. La Direttiva Unica degli Appalti 2004/18 e il Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163. Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.**

#### **A) La Direttiva 2004/18/CE.**

Anche in materia di appalti pubblici, accanto ad un diritto comunitario scritto e ai principi fondamentali, direttamente enucleabili dalle norme del Trattato CE, si è formato un diritto comunitario non scritto, costituito dall'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia (vedi anche *supra* Parte I).

In particolare per quanto concerne gli appalti pubblici, i principi fondamentali di diritto comunitario si applicano direttamente, indipendentemente del valore degli

<sup>30</sup> In sintesi le novità contenute nel provvedimento: 1. Nella catena di trasmissione potranno scambiarsi le e-mail certificate sia i privati, sia le PA. Saranno i gestori del servizio (art. 14), iscritti in apposito elenco tenuto dal Cnipa (che verificherà i requisiti soggettivi ed oggettivi inerenti ad esempio alla capacità ed esperienza tecnico-organizzativa, alla dimestichezza con procedure e metodi per la gestione della sicurezza, alla certificazione ISO9000 del processo), a fare da garanti dell'avvenuta consegna; 2. Per iscriversi nell'elenco dovranno possedere un capitale sociale minimo non inferiore a un milione di euro e presentare una polizza assicurativa contro i rischi derivanti dall'attività di gestore; 3. I messaggi verranno sottoscritti automaticamente da parte dei gestori con firme elettroniche. Tali firme sono apposte su tutte le tipologie di messaggi PEC ed in particolare sulle buste di trasporto e sulle ricevute per assicurare l'integrità e l'autenticità del messaggio; 4. I virus: i gestori sono tenuti a verificare l'eventuale presenza di virus nelle e-mail ed informare in caso positivo il mittente, bloccandone la trasmissione (art. 12).



appalti stessi, sia ai contratti di valore superiore alla soglia comunitaria, che a quelli di valore inferiore<sup>31</sup>.

La Direttiva 2004/18 si inserisce nel contesto delineato, stabilendo espressamente il rispetto dei principi del Trattato CE, in particolare, della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi (considerando 2), oltre che dei principi che ne derivano quali quelli della parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza.

La Corte di Giustizia per quanto riguarda il principio della non discriminazione ha precisato che il divieto riguarda non solo le discriminazioni dirette, chiaramente fondate sulla nazionalità del prestatore, ma anche quelle effettuate dalle amministrazioni che richiedano qualità o impongano oneri che possano essere assolti più facilmente da imprese di una certa nazionalità.

Il principio della parità di trattamento in tema d'appalti consiste nell'obbligo che tutti i prestatori di beni e servizi della Comunità europea vengano messi in condizione di assoluta parità.

Infine il principio di proporzionalità (ogni provvedimento adottato deve essere idoneo a raggiungere lo scopo legittimamente perseguito, e non deve eccedere quanto necessario per raggiungere tale scopo) può influenzare tutti i passaggi, dalla qualificazione, alla fase di controllo delle offerte, alla fase finale dell'aggiudicazione.

Il principio di trasparenza poi va inteso come chiarezza dell'azione amministrativa a esso si devono rifare tutte le norme che riguardano la pubblicità delle operazioni concorsuali, le norme che individuano i criteri di selezione qualitativa dei concorrenti, i criteri di scelta delle procedure etc., la violazione di tali norme, attuative del principio di trasparenza, invalida l'intera procedura.

Il legislatore comunitario con l'emanazione della Direttiva 2004/18/CE (e della Direttiva 2004/17), inserita nel contesto esposto, ha inteso aggiornare e razionalizzare le norme comunitarie in materia di appalti pubblici<sup>32</sup>, consegnando

<sup>31</sup> Sull'espansione del diritto comunitario sotto-soglia vedi M. GATTI, Appalti pubblici di forniture e servizi, Sistemi editoriali, 2004, pag. 79: «Il processo di inarrestabile penetrazione del diritto comunitario sotto-soglia è chiaramente ricostruito ed evidenziato dalla una Circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri, emanata nel corso del 2002 [Circolare 06/06/2002, n. 8756], secondo cui la giurisprudenza comunitaria ha ribadito che anche quando taluni contratti siano esclusi dalla sfera di applicazione delle direttive comunitarie nel settore degli appalti pubblici, ciò non significa che detti appalti di modesto rilievo economico siano esclusi dall'ambito di applicazione del diritto comunitario, pacifico essendo che le amministrazioni aggiudicatrici che li stipulano sono comunque tenute a rispettare i principi fondamentali del Trattato»

<sup>32</sup> La Direttiva 2004/18 unifica la disciplina degli appalti e concessioni di lavori, servizi, forniture nei settori 'ordinari' (vale a dire tutti, tranne quelli c.d. esclusi, che sono disciplinati dalla direttiva 2004/17, e tranne quelli non previsti dalle due direttive, quali ad es. gli appalti segreti), mentre la direttiva 2004/17 disciplina gli appalti e concessioni di lavori, servizi e forniture nei settori 'esclusi', che si possono definire settori 'speciali' (gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali, sfruttamento di area geografica).

agli enti pubblici e agli operatori economici un corpus unitario di norme<sup>33</sup>. La Direttiva Unica Appalti si atteggia a testo unico di settore<sup>34</sup> che non attua solamente un intervento normativo teso a resettare il quadro di regole esistente, ma tende a razionalizzarlo, riordinarlo e aggiornarlo nei contenuti, tenendo conto degli orientamenti emersi dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia che è intervenuta a limitare gli eccessivi formalismi propri delle norme vigenti, postesi in contrasto con le istanze di celerità, semplificazione e flessibilità dell'*agere* amministrativo in un settore, quale quello degli appalti, tanto cruciale per le economie nazionali e le dinamiche del Mercato unico.

Se il primo obiettivo del legislatore è stato in prima istanza procedere «per motivi di chiarezza» (considerando 1 della Direttiva 2004/18) ad una semplificazione delle norme in materia di appalti pubblici e procedure di aggiudicazione, il secondo è stato senz'altro modernizzare le norme sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, attualizzandone in via prioritaria<sup>35</sup> la valenza sulla base dell'innovazione economiche e tecnologiche soprattutto quelle legate allo sviluppo della società dell'informazione; il legislatore inoltre ha reso tali norme più sensibili alle istanze di matrice ambientale<sup>36</sup> e sociale, in particolare, quelle provenienti dal mondo del lavoro<sup>37</sup>.

Gli obiettivi fondamentali che il legislatore ha perseguito possono essere sintetizzati in 4 categorie: 1. la semplificazione delle disposizioni comunitarie in tema di appalti pubblici; 2. l'aggiornamento della normativa vigente alla luce delle novità tecnologiche ed economiche; 3. la maggiore flessibilità della normativa comunitaria; 4. il rafforzamento dei principi di concorrenza e trasparenza.

La necessità di modernizzare la disciplina degli appalti pubblici all'insegna delle innovazioni apportate dal progresso tecnologico allo scopo di semplificare e rendere più flessibile il funzionamento del settore appalti, ha portato il legislatore comunitario a cambiare il suo approccio rispetto al passato: abbandona l'idea in base alla quale l'utilizzo degli strumenti di comunicazione elettronica è possibile

<sup>33</sup> Sono state accorpate in un unico testo, naturalmente avendo cura di eliminare le duplicazioni, le tre direttive classiche concernenti la materia: direttiva 92/50/CEE (procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi); direttiva 93/36/CEE (procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture); direttiva 93/37/CEE (procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori). Vedi C. GIURDANELLA-G. CAUDULLO, *La Direttiva Unica Appalti*, op. cit., p. 5

<sup>34</sup> Cfr. considerando 1 della Direttiva 2004/18

<sup>35</sup> E' quanto emerge dal considerando 13 della Direttiva 2004/18

<sup>36</sup> Il 5 considerando della Direttiva 2004/18 – richiamando l'art. 6 del Trattato - «chiarisce in che modo le amministrazioni aggiudicatrici possono contribuire alla tutela dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile, garantendo loro al tempo stesso di poter ottenere per i loro appalti il miglior rapporto qualità prezzo»

<sup>37</sup> Cfr. considerando 28 della Direttiva 2004/18

solo in aggiunta all'utilizzo di strumenti tradizionali. Infatti nel considerando 35 il legislatore comunitario stabilisce l'equiparazione dei mezzi elettronici e di quelli tradizionali di comunicazione, prevedendo «tenendo 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 informazione e di scambio di informazioni...».

In questa nuova cornice è consentito alle amministrazioni appaltanti fare ricorso a procedura di aggiudicazione congeniate in funzione dell'utilizzo esclusivo degli strumenti telematici ed informatici: è aperta la possibilità di scelta degli strumenti cui fare ricorso per espletare le procedure di gara, fatte salve le istanze volte a non pregiudicare la segretezza delle informazioni, il libero accesso di tutti gli operatori, nonché la trasparenza dell'intera procedura di gara.

La portata innovativa della nuova Direttiva in relazione all'introduzione del ricorso agli strumenti elettronici, deve essere valutata, in particolare, in relazione alle norme riguardanti il dialogo competitivo, le aste elettroniche e i sistemi dinamici di acquisizione, in un'ottica di riduzione dei costi e dei tempi, nonché alle norme concernenti l'accordo quadro<sup>38</sup>.

Il *dialogo competitivo*, definito dall'art. 1, par. 11 lett.c), è «una procedura alla quale qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare e nella quale l'amministrazione aggiudicatrice avvia un dialogo con i candidati ammessi a tale procedura al fine di elaborare una o più soluzioni atte a soddisfare le sue necessità e sulla base della quale o delle quali i candidati selezionati saranno invitati a presentare le offerte...».

Un'*asta elettronica*, secondo la definizione dell'art. 1, par. 7, 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...».

Il *sistema dinamico di acquisizione*, ai sensi dell'art. 1, par. 6, è «un processo di acquisizione interamente elettronico, per acquisti di uso corrente, le

<sup>38</sup> Vedi. il considerando 12 della Direttiva 2004/18: «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...»

cui caratteristiche generalmente disponibili sul mercato soddisfano le esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice, 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».

L'*Accordo quadro* a sua volta viene definito come «un accordo concluso tra una o più amministrazioni aggiudicatrici e uno o più operatori economici e il cui scopo è quello di stabilire le clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un dato periodo, in particolare per quanto riguarda i prezzi e, se del caso, le quantità previste» (art. 1, par. 5).

La Direttiva, come già detto, ha promosso lo snellimento della normativa previgente caratterizzata da un formalismo eccessivo. Essa prevedeva infatti oneri procedurali particolarmente gravosi per le amministrazioni aggiudicatrici. In questa prospettiva il legislatore comunitario ha introdotto istituti quali le centrali di committenza, oltre che gli istituti innovativi già menzionati come il dialogo competitivo, le aste elettroniche, i sistemi dinamici di acquisizione, nonché gli accordi quadro.

Le centrali di committenza (art. 11 della Direttiva 2004/18) sono un strumento, come indica espressamente il considerando 15<sup>39</sup>, già utilizzato da alcuni Stati membri, cioè la designazione di un organismo centrale che ha come scopo istituzionale quello di acquistare lavori, forniture e servizi o stipulare accordi quadro per un numero variabile di amministrazioni; nel caso italiano si può indicare la Consip Spa (vedi *supra* par. III.1). Le ragioni di un sistema così strutturato vanno ricercate nell'attuazione di una economia di scala che si dovrebbe ottenere accentrando gli ordini di acquisto provenienti da numerose amministrazioni, nonché nell'attuazione di una economia di esercizio che si dovrebbe ottenere utilizzando una unica piattaforma appaltante al posto di una molteplicità di stazioni appaltanti<sup>40</sup>.

La nozione di appalto pubblico viene definita nell'art. 1 par. 2 a) come «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...»<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> Cfr. considerando 15 della direttiva 2004/18: «In alcuni Stati si sono sviluppate tecniche di centralizzazione delle committenze. Diverse amministrazioni sono incaricate di procedere ad acquisti o di aggiudicare appalti pubblici/stipulare accordi quadro destinati ad altre amministrazioni aggiudicatrici...»

<sup>40</sup> Vedi C. GIURDANELLA-G. CAUDULLO, *La Direttiva Unica Appalti*, op. cit., p. 37 ss

<sup>41</sup> La definizione riproduce con qualche modifica la nozione di appalti già contenuta nelle precedenti direttive, consentendo (come già sotto la previgente normativa) il ricorso, per gli aspetti non regolati da apposite norme di settore, alla disciplina privatistica dei contratti.

L'appalto di forniture viene definito, senza particolari novità, come appalti «aventi per oggetto l'acquisto, la locazione finanziaria, la locazione o l'acquisto a riscatto, con o senza opzione per l'acquisto, di prodotti» (art. 1, par. 2 lett. c).

L'appalto di servizi, infine, è quello «avente per oggetto la prestazione di servizi di cui all'allegato II» (art. 1, par. 2 lett d).

Di particolare importanza è l'individuazione della disciplina concernente le ipotesi dei cosiddetti appalti misti. La Direttiva, come nella previgente normativa, utilizza il criterio dell'accessorietà, ossia precisando come l'elemento che determina l'inquadramento dell'appalto nell'una o nell'altra categoria sia rappresentato dalla qualità dell'oggetto contrattuale piuttosto che dalla prevalenza quantitativa delle prestazioni da svolgere<sup>42</sup>.

L'art. 1 (rubricato *Definizioni*) definisce, altresì, la concessione di lavori o di servizi nel par. 3 come «un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo».

Dopo aver trattato nel Titolo I delle definizioni e dei principi generali, il legislatore comunitario nel Titolo II (rubricato *Disposizioni relative agli appalti pubblici*) pone una serie di norme generali a tutela dei principi generali dell'Unione, sia quelli che decorrono dall'adesione della Comunità ad accordi internazionali<sup>43</sup>, sia quelli che sono imposti dall'esigenza di tutelare la riservatezza delle informazioni riservate.

L'art. 4, secondo il quale la natura soggettiva di un operatore economico non può costituire causa di discriminazione nelle procedure di aggiudicazione, quando nel suo paese di origine egli è legittimato con quella forma giuridica a partecipare alle procedure di aggiudicazione, si fonda sui principi di libero accesso al mercato comunitario e dell'esercizio transfrontaliero dell'attività economica, espressione del diritto alla libera circolazione dei soggetti economici<sup>44</sup>. Quindi la qualifica soggettiva degli operatori economici non può essere considerata preclusiva all'accesso alle procedure di aggiudicazione, perché costituirebbe un elemento di discriminazione tra competitori economici e di restrizione della concorrenza.

<sup>42</sup> Cfr. art. 1, par. 2 lett. d) secondo e terzo capoverso. Vedi anche C. GIURDANELLA-G. CAUDULLO, *La Direttiva Unica Appalti*, op. cit., p. 24.

<sup>43</sup> Cfr. considerando 7 della Direttiva 2004/18 relativo all'obbligo di rispettare l'accordo sugli appalti pubblici, stipulato nel quadro dei negoziati dell'Uruguay Round (1986-1994) «al fine di istituire un quadro multilaterale equilibrato di diritti e doveri in materia di appalti pubblici per liberalizzare ed espandere il commercio mondiale».

<sup>44</sup> Cfr. Corte di Giustizia sentenza 15 ottobre 1987, Heylens, causa 222/86, Racc. 4097 in occasione della quale è stata affermata esplicitamente la natura fondamentale della libera circolazione dei lavoratori

L'art. 5, invece, garantisce il rispetto all'interno dell'Unione delle norme di favore in fase di aggiudicazione che in virtù di accordi internazionali la Comunità ha sottoscritto e che devono essere applicate agli operatori economici di Paesi terzi<sup>45</sup>. Con tale disposizione si vuole evitare trattamenti disuguali tra imprese comunitarie e extracomunitarie.

Infine l'art. 6 codifica il principio della riservatezza delle informazioni comunicate dagli operatori economici, attraverso il quale si vuole appoggiare l'innovazione nelle imprese proteggendone l'apporto intellettuale e tecnico.

Pertanto salvo i casi basati sullo scambio aperto di informazioni tra amministrazione appaltante e privati previsti negli artt. 35 e 41 (riguardanti rispettivamente l'accordo quadro ed i sistemi dinamici di acquisizione) e specificamente sottratti all'applicazione del principio della riservatezza, l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta nel rispetto della propria legislazione nazionale a non rivelare informazioni ad essa comunicate dagli operatori economici<sup>46</sup>.

Per quanto riguarda il campo di applicazione della Direttiva l'art. 7 precisa «la presente direttiva si applica agli appalti pubblici che non sono esclusi in virtù delle eccezioni di cui agli articoli 10 e 11 e degli articoli 12 a 18». Trattasi di particolari categorie sottoposte a esenzione per motivi di segretezza o di opportunità in relazione alla natura dell'oggetto di gara o al settore a cui essa fa riferimento o ancora alla natura del soggetto aggiudicatario<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> Vedi M.P. CHITI – G. GRECO, Trattato di diritto amministrativo europeo, Parte generale, Giuffrè, 1997, pag. 42: «Gli accordi conclusi dalla Comunità con Stati terzi (od Organizzazioni internazionali) ai sensi delle disposizioni pertinenti dei Trattati istitutivi, entrano a far parte integrante dell'ordinamento giuridico comunitario; e vi entrano in modo automatico, senza bisogno cioè di alcun atto di esecuzione (salvo che ciò non risulti necessario per la loro concreta applicazione), per il solo fatto della loro conclusione»

<sup>46</sup> Vedi A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI, L'appalto di opere pubbliche, Giuffrè, XI ed., pag. 264: «Delicati problemi sorgono in ordine alla documentazione prodotta dai concorrenti concernente notizie sulla loro struttura economico-finanziaria e simili. Ci si può chiedere, cioè, se sul diritto all'accesso debba prevalere in tal caso quello alla riservatezza dei dati. Considerato però che tale documentazione è oggetto della comparazione inerente la gara, la risposta non può che essere negativa, ove l'accesso sia preordinato all'acquisizione degli elementi utili per la tutela delle proprie posizioni soggettive relative alla gara stessa. Al più, potrà valere il temperamento, talora affermato in giurisprudenza, che l'accesso si sostanzia nella sola visione degli atti e non anche nella estrazione di loro copia»

<sup>47</sup> Si tratta di speciali categorie d'appalti nel settore della difesa (art. 10), di appalti relativi alla gestione di reti pubbliche di telecomunicazioni o alla prestazione al pubblico di uno o più servizi di telecomunicazioni (art. 13), di appalti segreti (art. 14), di appalti aggiudicati in base a norme internazionali (art. 15), di appalti previsti nelle ipotesi dell'art. 16; rimangono, infine, escluse dall'applicabilità della Direttiva le concessioni di servizi (art. 17).

Oltre alla categoria delle esenzioni specifiche, la direttiva indica una categoria di appalti (per l'aggiudicazione dei servizi di cui agli allegati II A e II B) a cui sono applicabili solo singole norme o gruppi di norme<sup>48</sup>.

L'art. 7 precisa, altresì, che gli appalti pubblici a cui la direttiva deve essere applicata sono quelli «il cui valore stimato al netto dell'imposta sul valore aggiunto (IVA) è pari o superiore» a 154.000 euro (236.000 euro per gli appalti di servizi e forniture aggiudicati da amministrazioni che non siano centrali e che non siano ricomprese nell'allegato IV- 'Autorità governative centrali') per gli appalti di servizi e di forniture e a 5.923.000 euro per gli appalti di lavori. Le soglie inizialmente previste dalla Direttiva sono state rettifiche dal regolamento CE n. 1874/2004 del 28 ottobre 2004 data la necessità di allineare le soglie a quelle derivanti dagli accordi multilaterali dell'Uruguay Round.

Per quanto concerne le procedure di aggiudicazione la Direttiva nel rispetto dell'autonomia riconosciuta agli Stati membri indica come facoltativa l'adozione degli strumenti più innovativi, quali gli accordi quadro, le centrali di committenza, i sistemi dinamici di acquisizione, le aste elettroniche ed il dialogo competitivo<sup>49</sup>.

Le procedure possono essere aperte e ristrette (art. 28), ovvero negoziate. La procedura aperta è il procedimento attraverso il quale l'amministrazione aggiudicatrice rende noti al pubblico l'oggetto e le condizioni del contratto cui intende addivenire, raccoglie dai vari concorrenti le offerte e accetta come contraente colui che ha fatto l'offerta migliore, valutata secondo i criteri dell'art. 53<sup>50</sup>. La procedura ristretta, invece, è una gara a concorso limitato alla quale possono partecipare solo gli operatori economici preventivamente selezionati dall'amministrazione aggiudicatrice previa pubblicazione di un bando di gara<sup>51</sup>.

<sup>48</sup> L'art. 20 prevede che gli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II A sono aggiudicati secondo gli articoli da 23 a 55; gli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II B sono disciplinati, invece, ai sensi dell'art. 21, solo dall'art. 23 e dall'art. 35, paragrafo 4; per quanto riguarda gli appalti misti aventi per oggetto servizi elencati da ambedue gli allegati essi saranno disciplinati dagli articoli da 23 a 55 o solo dagli articoli 23 e 35 paragrafo 4 secondo che prevalga il valore dei servizi di cui all'allegato II A o quello dei servizi di cui all'allegato II B.

<sup>49</sup> Cfr. considerando 16: «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>50</sup> S. CASSESE, Trattato di diritto amministrativo, Parte generale tomo II, Giuffrè, 2003, pag. 1397: «La procedura di gara aperta si contraddistingue per l'appunto per la caratteristica di consentire la massima competitività tra i soggetti aspiranti ad acquisire la posizione di controparte contrattuale dell'amministrazione pubblica ed ha avvio con la pubblicazione di un bando di gara».

<sup>51</sup> S. CASSESE, Trattato di diritto amministrativo, op. cit., pag. 1400 rileva come sia la licitazione privata sia l'appalto concorso «presuppongono, in prima approssimazione, la previa conoscenza, da parte della amministrazione appaltante, del mercato degli operatori del settore cui il contratto si riferisce, essendo la partecipazione degli stessi alla gara subordinata al ricevimento dell'invito a formulare l'offerta da parte dell'amministrazione procedente».

Le procedure negoziate sono definite dall'art. 1, par. 11 lett. d) come «procedure in cui le amministrazioni aggiudicatrici consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto». Il ricorso a tali procedure è fortemente limitato con l'intento di spingere le amministrazioni ad adottare preferibilmente procedure che assicurino una maggior tutela della trasparenza dell'agire amministrativo.

Ora sarebbe d'uopo procedere ad una analisi più dettagliata degli strumenti più innovativi, dal punto di vista dell'utilizzo delle tecniche informatiche, introdotti dalla Direttiva Unica Appalti, ma in considerazione del fatto che la direttiva è stata recentemente recepita dall'ordinamento italiano, riteniamo più opportuno esaminarli nel paragrafo seguente dedicato al Codice de Lise, entrato in vigore il 1 luglio 2006.

**B)** Il *Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163. Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.*

L'ordinamento italiano si è dotato con la legge n. 86 del 1989 (conosciuta come la Legge La Pergola) di uno strumento che garantisce un meccanismo praticamente automatico di recepimento nell'ordinamento italiano delle norme di rango comunitario<sup>52</sup>, in relazione alle quali sorge l'obbligo di emanazione di una normativa interna che le recepisca.

Nel maggio 2005 Pasquale de Lise, Presidente del T.A.R del Lazio, ricevette l'incarico di presiedere una Commissione per la predisposizione di uno progetto di recepimento delle Direttive comunitarie 2004/17 e 2004/18, emanate in materia di appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, in ottemperanza del disposto nella Legge di delega del 16 aprile 2005, n° 62 con la quale il Parlamento delegava il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi volti a recepire le direttive sopra menzionate.

Nella presentazione del nuovo codice degli appalti il Presidente de Lise afferma di essersi subito reso conto da un lato delle difficoltà che l'impresa comportava, dall'altro della grande opportunità che veniva concessa «per tentare una opera di razionalizzazione e semplificazione mai intrapresa prima, nel campo dei contratti pubblici» e, ricordando il giurista Massimo Severo Giannini, asserisce che egli «oltre che un sommo giurista, era anche un esperto di problemi della pubblica amministrazione (fu Ministro della Funzione pubblica), nella ricerca di rimedi per uscire dallo stato di crisi in cui versava il settore dei lavori pubblici

---

<sup>52</sup> Il meccanismo creato dalla Legge La Pergola prevede che entro il 31 gennaio di ogni anno, venga presentato alle Camere, a cura del Governo, un disegno di legge che raccolga gli obblighi assunti dallo Stato italiano – nell'anno di riferimento – a seguito dell'attività normativa effettuata dalle istituzioni comunitarie ed appronti, in un secondo momento, i criteri e i parametri di individuazione delle concrete modalità di attuazione delle norme di fonte comunitaria nell'ordinamento giuridico interno.



in Italia negli anni '80, suggeriva due possibili strade: la riorganizzazione dell'amministrazione o la riorganizzazione della normativa. Più complessa la prima, forse più agevole la seconda»<sup>53</sup>.

La Commissione, quindi, muovendo da queste affermazioni, ha cercato di attuare l'obiettivo di riorganizzare la normativa italiana in materia di appalti<sup>54</sup>. L'impresa era certamente possibile vista la peculiarità della delega contenuta nell'art. 5 della Legge Comunitaria 2004.

L'art. 25 della Legge n° 62/2005 delega espressamente il Governo di recepire le norme dettate dal legislatore comunitario per ridisegnare la disciplina generale degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi. I criteri e le direttrici stabilite nella delega conferita dal Parlamento al Governo pone come obiettivo fondamentale quello di compilare un «unico testo normativo recante le disposizioni legislative in materia di procedure di appalto disciplinate dalle due direttive coordinando anche le altre disposizioni in vigore nel rispetto dei principi del Trattato istitutivo dell'Unione europea» (lettera a, comma 1 dell'art. 25)<sup>55</sup>.

Il Consiglio di Stato nel Parere n° 355, Adunanza 6 febbraio 2006, relativo allo schema di decreto legislativo recante il “Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture”, rileva che la delega contenuta nell'art. 25 presenta rilevanti peculiarità:

«Il comma 1, infatti, prevede che il governo possa adottare uno o più decreti legislativi “volti a definire un quadro normativo finalizzato al recepimento” delle predette direttive.

La formula è ben più ampia di quella prevista, in via generale, dalla stessa legge comunitaria, che parla di adozione di “decreti legislativi recanti le norme occorrenti per dare attuazione alle direttive comprese negli elenchi di cui agli allegati A e B”, formula questa, del comma 1 dell'art. 1, riprodotta in tutte le specifiche norme di delega della legge in esame, con la sola variazione lessicale che, talvolta l'espressione “per dare attuazione” viene sostituita dall'espressione “per il recepimento”.

Va aggiunto che la più ampia portata della delega dell'art. 25 è ulteriormente sottolineata dal riferimento (contenuto nella lett. a del comma 1), ad un “unico testo”, terminologia che pur nella sua atecnicità ... chiarisce che non si intende limitare ad una mera raccolta di norme preesistenti, sia pure coordinate con le direttive: è l'intero settore appalti ma soltanto questo che deve trovare in questa sede la sua disciplina unitaria e coordinata».

<sup>53</sup> Vedi P. DE LISE, Presentazione del nuovo codice degli appalti, in Giust. Amm., articoli e note n. 1-2006.

<sup>54</sup> Un primo sforzo sistematizzante posto in essere dal legislatore italiano è certamente la c.d. Legge Merloni (Legge n. 109 del 1994), conosciuta tra gli operatori come Legge Quadro dei Lavori Pubblici.

<sup>55</sup> Vedi P. DE LISE, Presentazione del nuovo codice degli appalti cit.: «Non sembra contestabile infatti che il coordinamento di cui alla lett. a) della legge sia stato posto in essere, anche se in senso sostanziale, riproducendo all'interno del testo tutte le previsioni della Legge Merloni, con la sola eliminazione di quelle incompatibili con le nuove direttive e con i criteri della delega. L'abrogazione della Merloni assume quindi solo carattere formale, rimanendo comunque vigenti la maggior parte delle sue disposizioni».

La lettera b) comma 1 dell'art. 25 della legge 62/2005 affida un altro compito fondamentale al legislatore delegato, cioè «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».

La delega prevede inoltre il rafforzamento del ruolo svolto dall'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici con il «conferimento all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, in attuazione della normativa comunitaria, dei compiti di vigilanza nei settori oggetto della presente disciplina...» (lett. c, comma 1 dell'art. 25 della legge 62/2005).

Infine si può concordare con coloro che rilevano che «la necessità di provvedere all'attuazione interna della disciplina comunitaria ha rappresentato l'occasione per un riassetto organico della normativa in materia di appalti pubblici, realizzato attraverso una penetrante opera di armonizzazione con i principi elaborati dalla giurisprudenza comunitaria»<sup>56</sup>.

In tal senso si può ben comprendere la peculiarità dell'ultimo dei compiti (lettera d, comma 1 dell'art. 25 della Legge 62/2005) affidato al legislatore delegato, quello che impone, nell'opera di recepimento delle direttive, l'adeguamento al principio fissato dalla Corte di Giustizia con la sentenza del 7 ottobre 2004, nella causa C-247/02, secondo cui «l'art. 30, comma 1, della direttiva 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, deve essere interpretato nel senso che osta ad una normativa nazionale la quale, ai fini dell'aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici mediante procedure di gare aperte o ristrette imponga, in termini generali ed astratti, alle amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere al criterio del prezzo più basso». Pertanto il Codice prevede la libertà di scelta, per le stazioni appaltanti, tra i criteri di aggiudicazione delle gare: prezzo più basso od offerta economicamente più vantaggiosa.

Si sottolinea anche lo sforzo profuso per raccordare il recepimento delle direttive comunitarie sui contratti pubblici ed il coordinamento della disciplina dei contratti sottosoglia con la normativa interna relativa al procedimento amministrativo (L. 241/1990 come novellata dalla Legge 15 del 2003, vedi *supra* par. II.1), all'informatizzazione delle P.A. (Codice Amministrazione Digitale) e alla semplificazione della documentazione amministrativa (D.P.R 445/2000-TUDA).

Per quanto concerne l'articolato tratteremo solamente di alcuni articoli contenuti nel Titolo I, rubricato *Principi e disposizioni comuni*, nonché delle

<sup>56</sup> Vedi L. FIORENTINO, Verso un Codice unico degli appalti, in "ASTRID-Rassegna" n. 23 del 2006; vedi anche C. GIURDANELLA, Commento al Codice dei Contratti Pubblici. Come cambiano gli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi dopo il D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 62, Serier Bussola, Simone ed., pp. 14 ss.

disposizioni relative agli innovativi istituti delineati dalla Direttiva 2004/18/CE (Dialogo competitivo, Accordo Quadro, Sistemi dinamici di acquisizione, Aste elettroniche), recepite dal Codice dei Contratti Pubblici<sup>57</sup>.

L'art. 1 del Titolo I della prima parte del Codice tratta dell'ambito generale di disciplina su cui insiste il Codice dei Contratti Pubblici e cioè dei contratti perfezionati mediante appalto o altri strumenti di contrattazione, come ad esempio la concessione, messi in atto per l'acquisto di lavori, servizi o forniture, sia sopra che sotto soglia comunitaria.

I principi fondamentali che reggono la nuova disciplina sono contenuti nell'art. 2 che riprende il dato normativo contenuto nella Direttiva Unica Appalti «le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori su un piano di parità, in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza».

Per quanto concerne i principi di matrice comunitaria l'art. 2, comma 2, tratta del principio dell'economicità, dove riscontriamo una puntualizzazione di grande rilievo in base alla quale tale principio «può essere subordinato, entro i limiti in cui sia espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti dal bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente e dalla promozione dello sviluppo sostenibile»<sup>58</sup>.

Il Codice dei Contratti Pubblici oltre a tenere in debito conto i principi indicati dal legislatore comunitario, si muove sulla scia delle più evolute interpretazioni dell'art. 97 della Costituzione, in particolare stabilisce i parametri del buon andamento ed imparzialità dell'*agere* amministrativo indicando espressamente la disciplina del procedimento amministrativo delineata dalla legge n° 241/1990, novellata dalla legge 15/2005, come quella che deve essere adottata nelle procedure di affidamento e nelle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici (art. 3).

L'art. 4 è dedicato all'annosa questione del riparto di competenze tra Stato, Regioni e Province autonome. La riforma del Titolo V della seconda parte della Costituzione, ad opera della legge costituzionale n.3/2001, afferma il Presidente del Tar del Lazio, Pasquale de Lise, non può essere considerata una semplice novella «ma comporta l'introduzione di un nuovo impianto costituzionale, ben diverso dal precedente.» e ancora «sul piano giuridico e su quello politico, alla fine il nostro Paese si è dotato

<sup>57</sup> Per un maggiore approfondimento quanto all'articolato del Codice vedi C. GIURDANELLA, Commento al Codice dei Contratti Pubblici. Come cambiano gli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi dopo il D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 62, op. cit., pp. 23 ss.

<sup>58</sup> Vedi C. GIURDANELLA, Commento al Codice dei Contratti Pubblici. Come cambiano gli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi dopo il D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 62, op. cit., p. 24, nota 2: «Dato questo della promozione dello sviluppo sostenibile, che pone il Codice dei Contratti su di un piano di grande attualità, che recepisce in modo importante gli obblighi internazionali assunti dall'Italia al rispetto e tutela delle istanze che premono per una economia che incontri le esigenze delle generazioni future alla salvaguardia delle limitate risorse naturali.

di un sistema policentrico che, se pure non può dirsi federalista, tuttavia possiede del federalismo alcune caratteristiche e sicuramente molti inconvenienti.»<sup>59</sup>.

Il Consiglio di Stato nel parere 355/06 sullo schema di decreto legislativo recante il *Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture* (Adunanza 6/02/2006) è intervenuto sulla spinosa questione del riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni «I contratti della p.a. e i pubblici lavori, servizi o forniture non sono nominati dal nuovo art. 117 della Costituzione, ma ciò non implica che essi siano oggetto di potestà legislativa residuale delle Regioni, in quanto, come rilevato dalla Corte costituzionale con riferimento ai lavori pubblici “si tratta di ambiti di legislazione che non integrano una vera e propria materia, ma si qualificano a seconda dell’oggetto al quale afferiscono e pertanto possono essere ascritti di volta in volta a potestà legislative esclusive dello Stato ovvero a potestà legislative concorrenti” (Corte cost. n. 303/2003).

Il loro inquadramento nel nuovo assetto costituzionale non è quindi agevole per due ragioni: da un lato tale disciplina ha carattere trasversale e rientra, nei suoi molteplici aspetti, in altre materie elencate nel nuovo art. 117 ed attribuite alla legislazione esclusiva dello Stato o alla legislazione concorrente Stato-Regioni; sotto altro profilo, si deve distinguere tra i contratti stipulati da amministrazioni o enti statali e i contratti di interesse regionale.

Se è pacifico che il legislatore statale è titolare di potestà legislativa esclusiva con riguardo ai lavori, forniture e servizi “statali”, è da definire l’ambito della competenza statale in relazione ad alcune materie nominate dall’art. 117, comma 2, della Costituzione: “*tutela della concorrenza*”, “*ordinamento civile*” e “*giurisdizione e norme processuali: giustizia amministrativa*”.

La prima materia, “trasversale”, della tutela della concorrenza è quella che pone i problemi più delicati.

La Corte costituzionale ha precisato che la tutela della concorrenza costituisce una competenza trasversale, che coinvolge più ambiti materiali e si caratterizza per la natura funzionale (individuando, più che degli oggetti, delle finalità in vista delle quali la potestà legislativa statale deve essere esercitata) e vale a legittimare l’intervento del legislatore statale anche su materie, sotto altri profili, di competenza regionale (Corte cost. n. 14 e n. 272 del 2004 e n. 29 del 2006). La Corte ha anche precisato che tale materia abbraccia nel loro complesso i rapporti concorrenziali sul mercato e la sua inclusione nella lett. e) dell’art. 117, secondo comma, della Costituzione, evidenzia l’intendimento del legislatore costituzionale di unificare in capo allo Stato strumenti di politica economica che attengono allo sviluppo dell’intero Paese e sono idonei ad incidere sull’equilibrio economico generale, come avviene per gli aspetti relativi ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, di seguito individuati quale nucleo principale del Codice.

Non vi dubbio, dunque, che la tutela della concorrenza incida anche nel settore in esame, ma la sua trasversalità comporta che essa si inserisca nelle materie senza consumarne, per

<sup>59</sup> Vedi P. DE LISE, Potestà regolamentare dello Stato, delle regioni e delle Autonomie locali dopo il titolo V; riflessi sulla giurisdizione amministrativa e sulla funzione consultiva del Consiglio di Stato, in [www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi\\_contributi/delise.htm](http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/delise.htm).

definizione, tutto l'ambito, cosicché rimangono di regola spazi non sensibili a tale problematica nei cui confronti resta fermo il normale riparto di competenze.

È quanto avviene anche nel caso in esame, in cui, accanto ai profili della concorrenza, sussistono profili non marginali organizzativi, procedurali, economici e di altro tipo, tra i quali la progettazione dei lavori servizi e forniture, la direzione dei lavori servizi e forniture, il collaudo, i compiti e i requisiti del responsabile del procedimento.

Anche per questi aspetti e a maggior ragione vale l'affermazione della Corte costituzionale che non si tratta di materie: essi a seconda dell'oggetto possono rientrare (oltre che nella competenza esclusiva dello Stato) sia nella competenza concorrente che in quella esclusiva delle regioni. Nel primo caso l'attività legislativa regionale rimane soggetta ai principi fondamentali desumibili dal codice; nel secondo, invece, fatta salva la possibile rilevanza di vincoli diversi (si pensi alla trasparenza e in generale ai principi della legge sul procedimento amministrativo) la legislazione regionale può esprimersi liberamente...»<sup>60</sup>.

Vogliamo concludere l'esposizione relativa al Codice dei Contratti Pubblici esaminando, seppur brevemente, gli strumenti innovativi previsti dal legislatore comunitario con la Direttiva 2004/18 e recepiti dal Codice de Lise.

*Dialogo competitivo.* L'art. 58 del Codice dei Contratti Pubblici riproduce con alcuni adattamenti l'art. 29 della Direttiva Unica Appalti, immettendo nell'ordinamento italiano uno degli strumenti più innovativi pensato dal legislatore comunitario.

Il Dialogo competitivo trova la sua definizione nell'art. 3 del Codice dei Contratti che riproduce esattamente la definizione dell'art. 1, par 11 lett. c) della Direttiva 2004/18 (vedi *supra* III.2 lett. A). È uno strumento ibrido, in parte ristretto

<sup>60</sup> Cfr. P. DE LISE, Potestà regolamentare dello Stato, delle regioni e delle Autonomie locali dopo il titolo V; riflessi sulla giurisdizione amministrativa e sulla funzione consultiva del Consiglio di Stato, in [www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi\\_contributi/delise.htm](http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/delise.htm): «Ma ora il sistema precedente è stato aggravato in quanto nell'art. 117, sia per la legislazione esclusiva statale che per quella concorrente, oltre a vere e proprie materie, sono stati previsti settori di materie e, ancora, più che materie, punti di vista, obiettivi di interessi o modelli di attività. Come la migliore dottrina non ha mancato di avvertire e come è stato autorevolmente confermato dalla Corte Costituzionale (sent. n. 407/2002, la prima che ha preso in esame specificamente le disposizioni del titolo V), non tutti gli ambiti materiali specificati nell'art. 117 (secondo e terzo comma) possono configurarsi come materie in senso stretto, perché, in taluni casi, si tratta esattamente di "competenze", idonee ad investire una pluralità di materie (così, questa sentenza ha escluso che possa identificarsi una materia in senso tecnico, qualificabile come "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema": art. 117, secondo comma, lett. s). In particolare, la presenza, fra le materie di esclusiva competenza dello Stato, di una serie di ambiti di disciplina che non possono definirsi "materie" in senso stretto..., fa sì che esse interferiscano, per la loro natura, in modo "trasversale" con vari campi di intervento legislativo e in alcuni casi possano incidere in modo significativo su materie affidate alla competenza regionale, compresa quella esclusiva, con le conseguenti ricadute sul piano della potestà regolamentare. Infatti, l'attribuzione allo Stato della potestà regolamentare nelle materie trasversali – in virtù del parallelismo di questa potestà con quella legislativa – conferisce al regolamento una inevitabile potenzialità invasiva della sfera regionale.»

e in parte negoziato, che attraverso un iter procedimentale cerca di preservare i principi di trasparenza e imparzialità.

Per poter ricorrere a questa procedura è necessario che si tratti di un appalto particolarmente complesso (art. 58, comma 1), si considera complesso l'appalto (comma 2) per il quale l'amministrazione non è oggettivamente in grado di definire, conformemente all'art. 68, comma 3, lettere b), c) o d), i mezzi tecnici atti a soddisfare le sue necessità o i suoi obiettivi, oppure non è in grado di valutare autonomamente le soluzioni giuridiche o finanziarie che possono reperire sul mercato. Si noti che il Codice parla di "obiettivi", e non di "esigenze", come faceva il legislatore comunitario, così il legislatore nazionale amplia, e non di poco, la partecipazione dei privati nell'attività della P.A.

È stato previsto, inoltre, in sede di recepimento, che la stazione appaltante, qualora decida di avvalersi del dialogo competitivo, abbia l'obbligo di fornire specifica motivazione in merito alla sussistenza dei presupposti che consentono l'utilizzo di tale procedura.

Le stazioni appaltanti selezionano i candidati pubblicando in un apposito bando di gara i requisiti di ammissione al dialogo competitivo (di solito individuati tra quelli previsti per i partecipanti alle procedure di affidamento, artt. 34-46), i criteri di valutazione delle offerte e il termine entro il quale gli interessati possono presentare istanza di partecipazione alla procedura.

Posteriormente ha inizio con i candidati ammessi il vero e proprio "dialogo", finalizzato all'individuazione e definizione dei mezzi più idonei a soddisfare le necessità o obiettivi della P.A., le cui regole sono individuate chiaramente: libertà di discutere su tutti gli aspetti dell'appalto; principio della parità di trattamento di tutti i partecipanti; riservatezza sulle soluzioni proposte dai singoli partecipanti.

Le stazioni appaltanti, ai sensi del comma 10 dell'art. 58, proseguiranno il dialogo finché non individueranno la soluzione o le soluzioni ricercate. Concluso il dialogo competitivo e avendone informato i partecipanti le amministrazioni inviteranno i candidati selezionati a presentare le loro offerte finali.

Va sottolineata la disposizione di cui al comma 9, secondo cui le stazioni appaltanti possono "spezzettare" la procedura in più fasi, successive tra di loro, in modo da ridurre progressivamente il numero di soluzioni da discutere durante la fase del dialogo<sup>61</sup>.

<sup>61</sup> D'altra parte il considerando 41 della Direttiva 2004/18 precisava che «nel dialogo competitivo e nelle procedure negoziate con pubblicazione di un bando di gara, tenuto conto della flessibilità che può essere necessaria nonché dei costi troppo elevati connessi a tali metodi di aggiudicazione degli appalti, occorre consentire alle amministrazioni aggiudicatrici di prevedere uno svolgimento della procedura in fasi successive in modo da ridurre progressivamente, in base a criteri di attribuzione preliminarmente indicati, il numero di offerte che continueranno a discutere o a negoziare. Tale riduzione dovrebbe assicurare, purché il numero di soluzioni o di candidati appropriati lo consenta, una reale concorrenza»

*Accordo Quadro.* L'art. 59 recepisce l'art. 32 della direttiva 18, prevedendo per i settori ordinari uno istituto che in precedenza era contemplato solo per i settori speciali. La principale differenza rispetto all'accordo quadro di cui alla direttiva 93/38 ed ora direttiva 2004/17 è costituito dall'obbligo di bandire una vera e propria gara per la sua stipula, mentre nei settori speciali il previo confronto concorrenziale consiste in una procedura negoziata senza bando.

L'accordo quadro è una procedura attraverso la quale l'amministrazione aggiudicatrice definisce con una o più imprese, contestualmente selezionate, le coordinate generali in base alle quali si stipuleranno un certo numero di appalti da aggiudicare in un lasso di tempo predefinito (quattro anni, salvo casi eccezionali debitamente motivati dall'oggetto dell'accordo quadro).

Il comma 1 pone dei limiti all'utilizzo di questo istituto «Per i lavori, gli accordi quadro sono ammessi in relazione ai lavori di manutenzione e negli altri casi, da prevedersi nel regolamento, in cui i lavori sono connotati da serialità e caratteristiche esecutive standardizzate. Gli accordi quadro non sono ammessi per la progettazione e per altri servizi di natura intellettuale, salvo che siano connotati da serialità e caratteristiche esecutive standardizzate, da individuarsi nel regolamento».

Gli accordi quadro possono essere conclusi con uno o più operatori economici; quando è concluso con un solo operatore economico gli appalti basati su tale accordo quadro sono aggiudicati entro i limiti delle condizioni fissate in tale accordo; per la loro aggiudicazione le stazioni appaltanti possono chiedere per iscritto all'operatore economico di completare, se necessario, la sua offerta.

Per gli accordi quadro conclusi con più operatori economici gli appalti possono essere aggiudicati mediante l'applicazione delle condizioni stabilite nell'accordo stesso, senza nuovo confronto competitivo, se l'accordo quadro fissa effettivamente tutte le condizioni. Per questa ipotesi, in assenza di un nuovo confronto, il Codice aggiunge alle disposizioni comunitarie recepite l'obbligo di indicare nell'accordo quadro i criteri di affidamento degli appalti successivi, l'ordine di priorità, privilegiando il criterio della rotazione.

*Sistemi dinamici di acquisizione.* L'art. 60 recepisce completamente l'art. 33 della direttiva 18, disciplinando un processo di acquisizione assolutamente innovativo in quanto basato interamente sull'uso di procedure e strumenti informatici.

La definizione contenuta nell'art. 3, comma 14, è sostanzialmente identica alla definizione comunitaria di sistema dinamico di acquisizione e data l'importanza per il nostro tema la riportiamo nuovamente: «un processo di acquisizione interamente elettronico, per acquisti di uso corrente, le cui caratteristiche generalmente disponibili sul mercato soddisfano le esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice, 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».

La definizione evidenzia innanzitutto che trattasi di un “processo interamente elettronico”, pertanto le stazioni appaltanti devono fare esclusivamente ricorso ai mezzi elettronici sia nella fase di istituzione del sistema, sia nella fase di aggiudicazione degli appalti specifici.

La procedura è applicabile ai soli contratti di fornitura e ai contratti di servizi, non potendo essere utilizzata nel caso di appalti di lavori.

L’oggetto dei contratti deve essere costituito da “beni e servizi tipicizzati e standardizzati”. Si intende per bene o servizio ‘tipicizzato’ o ‘standardizzato’ un prodotto o servizio uguale ad un modello o tipo prefissato, che abbia dunque dimensioni e caratteristiche prefissate; trattasi quindi di beni e servizi che sono “generalmente disponibili sul mercato” e le cui caratteristiche “soddisfino le esigenze di una stazione appaltante”.

Le forniture di beni e i servizi da affidare devono essere “di serie”, uguale al modello fissato dalla stazione appaltante, quindi sono esclusi dalla procedura 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<sup>62</sup>.

La procedura si divide in tre fasi. Innanzitutto deve essere creato il sistema dinamico di acquisizione, e per questo le stazioni appaltanti pubblicano un bando di gara generale, con cui viene istituito il sistema, nel bando vengono fornite tutte le indicazioni riguardanti l’attrezzatura elettronica utilizzata e le specifiche tecniche di connessione, e vengono precisati tutti gli elementi relativi alla natura degli acquisti previsti.

Gli operatori vengono ammessi al sistema con la presentazione di una offerta indicativa conforme al capitolato d’oneri, essendo possibile presentarla non solo in risposta al bando, ma anche successivamente, per tutta la durata del sistema dinamico di acquisizione, che comunque non può superare i quattro anni di vita, salvo casi eccezionali debitamente giustificati.

La seconda fase inizia quando la stazione appaltante decide di porre in essere un preciso appalto nell’ambito del già istituito sistema dinamico. Giacché ogni appalto specifico deve essere oggetto di un specifico confronto concorrenziale, le P.A. dovranno pubblicare un ulteriore bando di gara, questa volta semplificato, e inviteranno tutti gli operatori economici interessati, anche se non ammessi al sistema, a presentare un’offerta indicativa entro un termine non inferiore a 15 giorni a decorrere dalla data di invio del bando di gara semplificato.

---

<sup>62</sup> Per un confronto tra il sistema dinamico di acquisizione e il cd “mercato elettronico” vedi F. VELLA, I sistemi dinamici di acquisizione, testo rivisto dell’intervento omonimo tenuto al Convegno DAE, Roma 26 maggio 2006, su “Appalti e contratti pubblici nell’era digitale”, in Rivista di Diritto amministrativo elettronico. Quaderni del DAE, 2006; vedi anche par. III.1 lettera B) del testo.



La terza fase è costituita dal vero e proprio ‘confronto concorrenziale’, possibile solo dopo che la stazione appaltante avrà concluso la valutazione di tutte le offerte indicative pervenute nei termini. A questo punto l’amministrazione invita tutti gli operatori economici ammessi nel sistema a presentare un’offerta dettagliata per ogni appalto specifico da aggiudicare nel quadro del sistema. L’appalto sarà aggiudicato all’offerente che abbia presentato la migliore offerta in base ai criteri di aggiudicazione enunciati nell’originario bando di gara per l’istituzione del sistema dinamico di acquisizione.

Come già sottolineato questa procedura è interamente elettronica e pertanto le amministrazioni che ricorrono ad essa devono innanzitutto applicare le regole previste dall’art. 77 del codice, in particolare il disposto nei commi 5 e 6, che si riferiscono alle comunicazioni per via elettronica.

Qualora le amministrazioni siano tenute a rispettare la normativa contenuta nel Codice dell’Amministrazione Digitale dovranno operare nel rispetto delle previsioni<sup>63</sup> di tale atto legislativo, in particolare per quanto concerne le norme sulla firma digitale e sulla posta elettronica certificata, rispettivamente necessari per l’immutabilità delle offerte e per la validità giuridica della loro trasmissione telematica.

*Aste elettroniche.* L’art. 85 recepisce gli art. 54 della direttiva 2004/718, e 56 della direttiva 2004/17 tenendo in conto la previgente normativa italiana di cui al DPR 101/2002 (vedi *supra* par. III.1 lettera B). Le aste elettroniche sono definite, all’art. 3, comma 15, 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. 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, in altri termini, costituisce nel Codice una nuova fase delle normali procedure di gara, le quali seguono le regole ordinarie fino alla presentazione delle offerte, che potranno essere presentate e gestite per via elettronica. Differentemente nel DPR 101/2002 ove la gara telematica costituisce una procedura autonoma ed alternativa alla procedura tradizionale. L’asta elettronica nel sistema del Codice è un criterio di aggiudicazione dei contratti di appalto (comma 1 dell’art. 85), non è una procedura di gara.

Il maggior pregio dell’asta elettronica è la sua adattabilità a tutte le procedure previste dal Codice; l’asta elettronica, infatti, può essere utilizzata in

<sup>63</sup> Si osservi che nel testo del CAD è stato inserito anche il decreto legislativo 28 febbraio 2005, n. 42, riguardante il Sistema Pubblico di Connettività e la Rete Internazionale della Pubblica Amministrazione.

qualsivoglia tipologia di gara (aperta, ristretta o negoziata con bando), nonché in occasione del rilancio del confronto competitivo fra le parti di un accordo quadro, e dell'indizione di gare per appalti da aggiudicare nell'ambito del sistema dinamico di acquisizione.

Vista la natura dello strumento il Codice pone dei limiti all'utilizzo delle aste elettroniche; esse possono, infatti, essere utilizzate solo quando le specifiche dell'oggetto dell'appalto possono essere fissate in maniera precisa, e quando la valutazione delle offerte rispondenti alle specifiche definite nel bando di gara sia effettuabile automaticamente da un mezzo elettronico, sulla base di elementi qualificabili in modo tale da essere espressi in cifre o percentuali.. Rimangono, pertanto, fuori dal campo di applicazione delle aste elettroniche, tutti i servizi che abbiano ad oggetto prestazioni intellettuali.

Prima di procedere all'asta elettronica vera e propria la stazione appaltante effettua una prima valutazione delle offerte dei partecipanti, pervenute non necessariamente per via telematica; a questo punto inizia l'asta elettronica: tutti i soggetti che hanno presentato offerte ammissibili vengono invitati, simultaneamente e per via elettronica, a presentare nuovi prezzi, i cd rilanci.

L'asta elettronica inizierà non prima di due giorni dopo la data di invio degli inviti, si svolgerà in un'unica seduta, e sarà conclusa all'ora preventivamente fissata.

Si precisa che, mentre nel DPR 101/2002 il ricorso alla gara telematica di acquisto procedura specifica ed autonoma indipendente rispetto a quelle considerate tradizionali deve essere deliberato volta per volta, l'asta elettronica del Codice dei contratti pubblici costituisce strumento ordinario di aggiudicazione di procedure aperte, ristrette o negoziate, da prevedere con apposita clausola nel bando. Inoltre non è prevista la fase di abilitazione preliminare di cui all'art. 9 del DPR 101/2002, ma i requisiti di partecipazione sono definiti dallo stesso bando di gara.

### ***Conclusioni***

Vorrei concludere riportando alcune riflessioni fatte dal presidente della Commissione per la predisposizione di uno progetto di recepimento delle Direttive comunitarie 2004/17 e 2004/18, Pasquale de Lise, in occasione del Convegno su "Appalti e contratti pubblici nell'era digitale," tenutosi presso la sede del TAR del Lazio (Roma, 26 maggio 2006)<sup>64</sup>: «Ora, ciò che caratterizza questo Convegno e vale a differenziarlo dai tanti altri che si stanno tenendo sul codice è l'aver posto l'accento sull'aspetto relativo alla valenza dell'informatica nei contratti pubblici.

Nel processo di razionalizzazione e di modernizzazione dell'amministrazione, che tende a trasformarsi da un'amministrazione di procedure ad un'amministrazione prevalentemente di risultati, alcuni obiettivi sono stati conseguiti: sul piano della semplificazione normativa e amministrativa, sul piano della trasparenza, sul piano dell'organizzazione e delle competenze, sul piano della introduzione di modelli privatistici o meglio di diritto comune, sul piano delle privatizzazioni, su quello della c.d. esternalizzazione (o *outsourcing*).

Tutto ciò, peraltro, comporta l'esigenza che l'amministrazione si adoperi nello sviluppo di una nuova cultura dell'amministrare, che sia in grado di soddisfare le nuove richieste dei cittadini, superando l'inefficienza e l'eccessiva burocratizzazione dei servizi e organizzando in maniera più adatta e funzionale le proprie strutture» e prosegue: «Quando si parla di *e-government* ci si riferisce sia all'erogazione *on line* di servizi da parte della pubblica amministrazione ai cittadini che al rafforzamento dei meccanismi di partecipazione democratica, facilitando l'interazione tra cittadini e pubblica amministrazione, attraverso un modello che privilegia l'accesso ai servizi da parte dei cittadini nei tempi e con le modalità che essi prescelgono.

Trattasi, in sostanza, di un processo di trasformazione delle relazioni interne ed esterne della pubblica amministrazione che, attraverso l'utilizzo delle nuove tecnologie, punta a ottimizzare l'erogazione dei servizi, ad incrementare la partecipazione di cittadini e imprese, a migliorare la capacità di governo della stessa pubblica amministrazione, con ricadute positive sul piano dell'efficienza, della qualità e della tempestività dei servizi, dei minori costi di essi, della trasparenza, della competitività e così via.

Le nuove tecnologie possono quindi migliorare l'efficienza della pubblica amministrazione con vari obiettivi: accrescere l'efficienza operativa interna delle amministrazioni; offrire ai cittadini e alle imprese servizi integrati e non più frammentati secondo le competenze dei singoli enti; garantire a tutti l'accesso alle informazioni e ai servizi erogati dalle amministrazioni.»

Infine credo che il miglior modo per concludere questo modesto lavoro sia trascrivere l'augurio del Presidente Pasquale de Lise (autore, con altri, "di un'opera di razionalizzazione e semplificazione mai intrapresa prima") contenuto nella "Presentazione del nuovo codice degli appalti"<sup>65</sup>: «...coltivo la speranza che tale progetto risponda alle aspettative e alle proposte, avanzate in questi anni da più parti, concernenti la necessità di superare la staticità che caratterizza gli ingranaggi della macchina pubblica e di creare meccanismi che consentano, finalmente, l'accesso a pieno titolo dell'amministrazione italiana nel mercato dei tempi moderni.»

## INFORMATIZAÇÃO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

**Resumo:** O tema tratado concerne à informatização da atividade administrativa que se insere no processo de atuação da Sociedade da Informação. A Sociedade da Informação é um longo processo de modernização realizado no setor da informação e da comunicação que mudou significativamente a vida privada, social e profissional de cada indivíduo. A revolução tecnológica representa um suporte fundamental para a atuação da eficiência, da competitividade

e para a facilitação do acesso ao conhecimento dos cidadãos. Denomina-se *e-government* o processo de informatização da pública administração, o qual conjuntamente com ações de mudanças organizativas permite o tratamento da documentação e a gestão dos procedimentos com sistemas digitais, graças ao uso de tecnologias da informação e da comunicação (*ICT-Information and Communication Technologies*), com o objetivo de otimizar o trabalho dos agentes e de oferecer aos usuários (cidadãos e empresas) serviços mais rápidos e novos, através de *Website* das administrações públicas.

**Palavras-chave:** Informatização. Governo. *E-government*.

#### INFORMATION SOCIETY AND GOVERNMENT ACTIVITY

**Abstract:** The present article addresses questions related to the establishment of the Information Society. The Information Society has a large potential for increasing the productivity and improving the quality of life. This potential is growing due to the progress in wide-band technology, i.e., to the advancing possibilities provided by the Internet which offer considerable prospects both for economy and society. New services, new applications and new approaches lead to the establishment of new markets and provide the necessary instruments for rising the productivity and, as a consequence, growth and activities in all sectors of the economy. Thus an *e-government* is developing defined as every form of business activity in which the partners interact electronically rather than using traditional means and personal contacts. In this context, the public contract management, that is the settling of public contracts administered by electronic means, is to be placed.

**Key words:** Information society. Government. *E-government*.