

E-procurement e digitalizzazione della P.A.

Procedure elettroniche e strumenti di acquisto telematici nel nuovo Codice dei contratti pubblici

di Stefano Cresta

Il contributo analizza il tema dell'*e-procurement* e della digitalizzazione della Pubblica Amministrazione attraverso una ricognizione normativa in materia di obblighi di acquisto mediante strumenti telematici (introdotta nel nostro ordinamento sin dai primi anni duemila), nonché in tema di procedure elettroniche, così come disciplinate dal nuovo codice degli appalti. L'esame di un percorso giurisprudenziale, congiunto al quadro normativo di riferimento, conduce ad una riflessione circa la necessaria prudenza nell'utilizzo di questi nuovi strumenti messi a disposizione delle procedure ad evidenza pubblica, che pur tuttavia (nei contratti di rilievo) costituiscono il modo di operare obbligatorio per l'approvvigionamento di lavori beni e servizi da parte dell'Amministrazione.

Premessa

La digitalizzazione della P.A. costituisce un mezzo teoricamente valido al fine di migliorare l'efficienza, la trasparenza, l'efficacia, nonché l'economicità dell'azione pubblica, oltre alla *performance* stessa dell'Amministrazione.

Questa affermazione di principio permetterebbe di concretizzare obiettivi e risultati pratici di notevole importanza nell'ambito dell'approvvigionamento di beni e servizi per la Pubblica Amministrazione quali l'accesso più agile da parte dei privati alle procedure bandite dalla stessa, la dematerializzazione di tutti i documenti di gara - con conseguente riduzione dei tempi di pubblicazione e dei costi delle procedure ad evidenza pubblica - la segretezza della documentazione trasmessa, la tracciabilità di tutte le operazioni svolte dalla Commissione di gara, la trasparenza delle comunicazioni attraverso l'attribuzione di un codice identificativo, nonché la conoscenza in tempo reale del costo so-

stenuto dall'Amministrazione per l'acquisto di beni e servizi.

L'utilizzo di formule dubitative, tuttavia, è una necessità, atteso il complesso quadro normativo di riferimento, il quale incide negativamente sull'utilizzo effettivo degli strumenti telematici da parte di un'Amministrazione che, in generale, fatica a tenere il passo con mutamenti radicali del proprio concreto *modus operandi*.

Nell'ambito della stratificata cornice normativa che si andrà ad illustrare nel prosieguo può essere utile soffermarsi preliminarmente su alcune definizioni. Il Mercato Elettronico della P.A. (MePA) è un vero e proprio mercato elettronico di tipo selettivo ove i fornitori che hanno ottenuto l'abilitazione offrono i propri beni e servizi direttamente *on-line*; i compratori registrati (le P.P.A.A.) possono consultare il catalogo delle offerte ed emettere direttamente ordini d'acquisto o richieste d'offerta (1).

Il MePA, dunque, è uno strumento telematico attraverso il quale realizzare gli acquisti sotto soglia

(1) A. Massari - G. Sorrentino, *Gli acquisti sul Mepa, Guida operativa dopo la release*, 2014, Rimini, 2014, 113.

comunitaria indipendentemente dal loro importo. Le procedure di aggiudicazione saranno scelte di volta in volta dalla stazione appaltante, nel rispetto della normativa di riferimento.

Pertanto, se il bene che si intende acquistare è presente sul MePA, la P.A. è tenuta, innanzitutto, ad indire una procedura concorrenziale (affidamento diretto o procedura negoziata, secondo il nuovo codice degli appalti) a seconda degli importi previsti dal Codice (2), utilizzando come mercato di riferimento quello del MePA, attraverso ordini di acquisto (per gli affidamenti diretti) o richieste d'offerta (per la procedura negoziata).

Come noto, le Convenzioni sono contratti quadro stipulati da Consip S.p.a. nell'ambito dei quali i fornitori aggiudicatari di gare - esperite in modalità tradizionale o c.d. smaterializzata a seguito della pubblicazione di bandi - si impegnano ad accettare ordinativi di fornitura emessi dalle singole Amministrazioni che hanno effettuato l'abilitazione al sistema Acquisti in Rete.

Gli Accordi quadro costituiscono uno strumento che stabilisce le regole relative ad appalti da aggiudicare durante un periodo massimo di quattro anni: con essi, aggiudicati da Consip a più fornitori a seguito della pubblicazione di specifici bandi, vengono definite le clausole generali che, in un determinato periodo temporale, regolano i contratti di appalto da stipulare in esecuzione di tali Accordi.

Nell'ambito dell'Accordo quadro, le Amministrazioni che hanno effettuato l'abilitazione al sistema, provvedono poi a negoziare i singoli contratti, personalizzati sulla base delle proprie esigenze.

Normativa di riferimento

L'utilizzo di strumenti telematici da parte della P.A., prima ancora di essere un modulo organizzativo efficace, risponde ad uno specifico obbligo di matrice europea. Si pensi, infatti, al Codice del-

l'amministrazione digitale (D.Lgs. n. 82/2005), alla Dir. n. 93/38/CEE e alla Dir. 2004/18/CE (artt. 42 - 54) che regolamentano la digitalizzazione della PA, secondo i principi europei di imparzialità e trasparenza, al fine di rendere effettivamente accessibili le informazioni, nonché la circolazione delle stesse e la conoscenza dei procedimenti amministrativi.

Come noto, inoltre, l'art. 26 della L. 23 dicembre 1999, n. 488, ha previsto che "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 (...) 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 di beni e servizi deliberati dalle amministrazioni dello Stato anche con il ricorso alla locazione finanziaria".

La disposizione sopra richiamata ha, dunque, introdotto nell'ordinamento il c.d. Programma per la razionalizzazione degli Acquisti della P.A., al fine di diffondere l'utilizzo delle tecnologie dell'Informazione e della Comunicazione, razionalizzare e ottimizzare la spesa pubblica per beni e servizi, migliorando la qualità degli acquisti e riducendo i costi grazie all'aggregazione della domanda.

Il Programma è stato nel tempo implementato da diverse disposizioni normative.

L'art. 1, comma 449, L. 27 dicembre 2006, n. 296, ai sensi del quale "tutte le amministrazioni statali centrali e periferiche (...) sono tenute ad approvvigionarsi utilizzando le convenzioni-quadro messe a disposizione da Consip S.p.A."

Il successivo comma 450 (3), ha imposto, poi, l'obbligo dal 1° luglio 2007, per tutte le amministrazioni statali centrali e periferiche, per gli acquisti di beni e servizi al di sotto della soglia di rilievo co-

(2) Ai sensi dell'art. 36 del D.Lgs. n. 50/2016 per i lavori è previsto l'utilizzo per importi fino a euro 40 mila dell'affidamento diretto adeguatamente motivato; da 40 mila a 150 mila euro della procedura negoziata con almeno 5 operatori o amministrazione diretta; da 150 mila a 1 milione di euro della procedura negoziata con almeno 10 operatori; sopra il milione di euro si utilizzeranno le procedure ordinarie. Per gli affidamenti di beni e servizi fino a 40 mila euro è previsto l'impiego dell'affidamento diretto adeguatamente motivato; per gli importi da 40 mila a 209 mila euro dovranno essere consultati almeno cinque operatori; sopra i 209 mila euro si utilizzeranno le procedure ordinarie. Il nuovo codice segna, inoltre la scomparsa dei lavori in economia e i cottimi fiduciari del vecchio art. 125 del D.Lgs. n. 163/2006.

(3) La norma afferma che: "Dal 1° luglio 2007, le amministrazioni statali centrali e periferiche, ad esclusione degli istituti

e delle scuole di ogni ordine e grado, delle istituzioni educative e delle istituzioni universitarie, per gli acquisti di beni e servizi al di sotto della soglia di rilievo comunitario, sono tenute a fare ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione di cui all'art. 328, comma 1, del regolamento di cui al d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207. Fermi restando gli obblighi e le facoltà previsti al comma 449 del presente articolo, le altre PP.AA. di cui all'art. 1 del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, nonché le autorità indipendenti, per gli acquisti di beni e servizi di importo inferiore alla soglia di rilievo comunitario sono tenute a fare ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione ovvero ad altri mercati elettronici istituiti ai sensi del medesimo art. 328 ovvero al sistema telematico messo a disposizione dalla centrale regionale di riferimento per lo svolgimento delle relative procedure. Per gli istituti e le scuole di ogni ordine e grado, le istituzioni educative e le università statali, tenendo

munitario, di ricorso al mercato elettronico della P.A. (di cui all'art. 328, comma 1, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207), ovvero al sistema telematico messo a disposizione dalla centrale regionale di riferimento per lo svolgimento delle relative procedure.

L'art. 2, comma 574, L. 24 dicembre 2007, n. 244, ha stabilito che "il Ministero dell'economia e delle finanze individua (...) con decreto, segnatamente in relazione agli acquisti d'importo superiore alla soglia comunitaria (...) le tipologie dei beni e dei servizi non oggetto di convenzioni stipulate da Consip Spa per le quali le amministrazioni statali centrali e periferiche, ad esclusione degli istituti e scuole di ogni ordine e grado, delle istituzioni educative e delle istituzioni universitarie, sono tenute a ricorrere alla Consip Spa, in qualità di stazione appaltante ai fini dell'espletamento dell'appalto e dell'accordo quadro, anche con l'utilizzo dei sistemi telematici"; per l'effetto, è stato emanato, quindi, il DM 12 febbraio 2009 (4), che ha individuato quali tipologie di beni e di servizi di cui al succitato comma 574 i carburanti avio (gara su delega), la ristorazione collettiva (accordo quadro), le trasferte di lavoro (accordo quadro).

L'art. 2, comma 225, L. 23 dicembre 2009, n. 191 (5), ha previsto la possibilità per le PP.AA. di concludere accordi quadro con Consip, o, in alternativa di adottare, per gli acquisti di beni e servizi comparabili, parametri di qualità di prezzo rapportati a quelli degli accordi quadro predisposti da Consip (la norma è stata poi modificata nell'ottica di raccordare la facoltà in essa descritta con l'obbligo di approvvigionamento telematico successivamente introdotto nell'ordinamento).

Il regolamento di attuazione (d.P.R. n. 207/2010) del previgente codice appalti (D.Lgs. n. 163/2006) all'art. 287, comma 2 (6), ha previsto che "Fatta salva la facoltà di ciascuna stazione appaltante di

istituire un sistema dinamico di acquisizione ai sensi dell'articolo 60 del codice, il Ministero dell'economia e delle finanze, anche avvalendosi di Consip S.p.A. ed utilizzando le proprie infrastrutture tecnologiche, può provvedere alla realizzazione e gestione di un sistema dinamico di acquisizione per le stazioni appaltanti (...)".

L'art. 1, comma 1, D.L. 6 luglio 2012, n. 95, convertito dalla L. 7 agosto 2012, n. 135, ha statuito la sanzione della nullità dei "contratti stipulati in violazione dell'articolo 26, comma 3 della legge 23 dicembre 1999, n. 488" nonché dei "contratti stipulati in violazione degli obblighi di approvvigionarsi attraverso gli strumenti di acquisto messi a disposizione da Consip S.p.A." stabilendo che gli stessi costituiscono illecito disciplinare e sono causa di responsabilità amministrativa, salvo che il contratto sia stato stipulato ad un prezzo più basso di quello derivante dal rispetto dei parametri di qualità e di prezzo degli strumenti di acquisto messi a disposizione da Consip S.p.A., ed a condizione che tra l'amministrazione interessata e l'impresa non siano insorte contestazioni sulla esecuzione di eventuali contratti stipulati in precedenza.

Il successivo comma 7 (7), del sopra citato decreto legge (c.d. *Spending review* bis), ha stabilito, con conseguenze ai fini della responsabilità disciplinare e per danno erariale in caso di mancato rispetto della disposizione, l'obbligo per le amministrazioni, in relazione a determinate categorie merceologiche (energia elettrica, gas, carburanti rete e carburanti extra-rete, combustibili per riscaldamento, telefonia fissa e telefonia mobile) di approvvigionarsi attraverso le convenzioni o gli accordi quadro messi a disposizione da Consip S.p.A. e dalle centrali di committenza regionali di riferimento ovvero ad esperire proprie autonome procedure nel rispetto della normativa vigente, utilizzando i sistemi tele-

conto delle rispettive specificità, sono definite, con decreto del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca, linee guida indirizzate alla razionalizzazione e al coordinamento degli acquisti di beni e servizi omogenei per natura merceologica tra più istituzioni, avvalendosi delle procedure di cui al presente comma."

(4) Recante "Attuazione dell'articolo 2, comma 574 della legge 24 dicembre 2007, n. 244, in materia di tipologie di beni e servizi oggetto di acquisti tramite Consip S.p.A."

(5) Il testo dell'articolo, così modificato dall'art. 1, comma 497, lett. a) e b), L. 28 dicembre 2015, n. 208, a decorrere dal 1° gennaio 2016, stabilisce che: "La società CONSIP Spa conclude accordi quadro, ai sensi dell'articolo 59 del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni, cui le stazioni appaltanti di cui all'articolo 3, comma 33, del citato codice di cui al decreto legislativo n. 163 del 2006, possono fare ricorso per l'acquisto di beni e di servizi. In

alternativa, le medesime stazioni appaltanti adottano, per gli acquisti di beni e servizi comparabili, parametri di qualità e di prezzo rapportati a quelli degli accordi quadro di cui al presente comma. Resta fermo quanto previsto dall'articolo 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488, e successive modificazioni, dall'articolo 58 della legge 23 dicembre 2000, n. 388, dall'articolo 1, commi 449 e 450, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, e dall'articolo 2, comma 574, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 e comunque quanto previsto dalla normativa in tema di obblighi di approvvigionarsi attraverso gli strumenti messi a disposizione da Consip SpA."

(6) Abrogato dall'art. 217, comma 1, lett. u), D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, a decorrere dal 19 aprile 2016.

(7) Sostituito dalla legge di conversione 7 agosto 2012, n. 135 e, successivamente, così modificato dall'art. 1, comma 151, L. 24 dicembre 2012, n. 228, a decorrere dal 1° gennaio 2013, e dall'art. 1, comma 494, L. 28 dicembre 2015, n. 208, a decorrere dal 1° gennaio 2016.

matici di negoziazione messi a disposizione dai soggetti sopra indicati.

La norma ha inoltre previsto la possibilità di procedere ad affidamenti, nelle indicate categorie merceologiche, anche al di fuori delle predette modalità, a condizione che gli stessi conseguano ad approvigionamenti da altre centrali di committenza o a procedure di evidenza pubblica, e prevedano corrispettivi inferiori almeno del 10% per le categorie merceologiche telefonia fissa e telefonia mobile e del 3% per le categorie merceologiche carburanti extra-rete, carburanti rete, energia elettrica, gas e combustibili per il riscaldamento rispetto ai migliori corrispettivi indicati nelle convenzioni e accordi quadro messi a disposizione da Consip S.p.A. e dalle centrali di committenza regionali.

L'art. 1, comma 158, L. 24 dicembre 2012, n. 228, ha previsto che con decreto di natura non regolamentare del Ministro dell'economia e delle finanze, da adottare entro il 31 marzo di ogni anno, sono individuate le categorie di beni e di servizi nonché la soglia al superamento della quale le PP.AA. statali, centrali e periferiche procedono alle relative acquisizioni attraverso strumenti di acquisto informatici propri ovvero messi a disposizione dal Ministero dell'economia e delle finanze.

Il comma 3, dell'art. 9 del D.L. 24 aprile 2014, n. 66 (innovato dal comma 499 della L. 28 dicembre 2015, n. 208, Legge di stabilità 2016) ha stabilito che con D.P.C.M. "sono individuate le categorie di beni e di servizi nonché le soglie al superamento delle quali le amministrazioni statali centrali e periferiche, ricorrono a Consip S.p.A.", prevedendo, inoltre che, per tali categorie di beni e servizi, l'Autorità nazionale anticorruzione non rilasci il codice identificativo gara alle stazioni appaltanti che, in violazione degli adempimenti previsti dal presente comma, non ricorrono a Consip S.p.A. o ad altro soggetto aggregatore.

Il D.P.C.M. di cui sopra, del 24 dicembre 2015, è stato pubblicato in G.U. il 9 febbraio 2016 e prevede un periodo transitorio di sei mesi.

A decorrere dal 9 agosto 2016 dunque, vi è l'obbligo per tutte le Amministrazioni, di ricorrere ai soggetti aggregatori di riferimento (Consip S.p.A., Città Metropolitane, Regioni), se il fabbisogno annuo, per categorie merceologiche quali vigilanza armata, *facility management* di immobili, pulizia e manutenzione di immobili ed impianti, guardiana, è superiore alla soglia indicata nel suddetto D.P.C.M.

Le previsioni del nuovo Codice

Nel già complesso quadro normativo sinteticamente descritto sopra si inserisce il D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, che, all'art. 37, delinea una disciplina di raccordo tra gli obblighi di utilizzo di strumenti di acquisto e di negoziazione telematici ed il nuovo sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti previsto nel successivo art. 38.

Il risultato posto in essere dalla nuova normativa è di circoscrivere, dal punto di vista soggettivo, l'ambito entro cui ciascuna amministrazione può svolgere funzioni di stazione appaltante, imponendo alle amministrazioni l'onere di conseguire la qualificazione (ai sensi dell'art. 38 D.Lgs. n. 60/2016) e circoscrivendo a importi limitati gli appalti che possono essere affidati da amministrazioni non qualificate.

Ciò, fermo restando gli obblighi di utilizzo degli strumenti di acquisto e di negoziazione anche telematici previsti dalle disposizioni in materia di contenimento della spesa descritte nel paragrafo precedente.

In particolare le acquisizioni di forniture servizi e lavori saranno effettuate, secondo la disciplina descritta all'art. 37: per forniture e servizi fino a euro 40.000 e per lavori fino a euro 150.000, autonomamente da parte delle Stazioni appaltanti anche non qualificate (comma 1); per forniture e servizi superiori a euro 40.000 e lavori superiori a euro 150.000 esclusivamente da Stazioni appaltanti e Centrali di committenza qualificate *ex art.* 38 (comma 1), mentre le Stazioni appaltanti non qualificate dovranno ricorrere necessariamente o ad una centrale di committenza, ovvero mediante aggregazione di Stazioni appaltanti qualificate (comma 3). È poi prevista un'ipotesi particolare: per forniture e servizi da 40.000 a 209.000 euro e per lavori di manutenzione ordinaria le stazioni appaltanti qualificate devono a) procedere mediante utilizzo autonomo degli strumenti telematici messi a disposizione delle centrali di committenza qualificate (comma 2, primo periodo), oppure b) in caso di indisponibilità di tali strumenti telematici anche in relazione alle singole categorie merceologiche: b.1) ricorrere a centrali di committenza o aggregazioni di Stazioni appaltanti (comma 2, secondo periodo), o b.2) procedere direttamente mediante svolgimento di procedura ordinaria (comma 2, secondo periodo).

Si osserva, inoltre, che il comma 2 dell'art. 37 pare porre alcuni dubbi dal punto di vista pratico in relazione alla formulazione dello stesso; più nel det-

taglio occorrerà comprendere cosa debba intendersi per “indisponibilità” degli strumenti telematici di negoziazione: assenza assoluta di tali strumenti, ovvero mancanza delle categorie merceologiche?

La precisazione contenuta nel nuovo codice secondo la quale l’indisponibilità è relativa anche alle singole categorie merceologiche fa propendere per la seconda risposta, più razionale e utile alla chiusura del sistema. Tuttavia tali dubbi interpretativi potranno essere chiariti solo in via di prassi, apportando successivamente i necessari correttivi al codice.

Com’è noto la disciplina delle procedure telematiche *ante* D.Lgs. n. 50/2016 era contenuta in parte nel codice appalti, in parte nel d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 107 (ora abrogato dal nuovo codice, salva l’ultrattività delle norme non ancora sostituite dagli interventi normativi dei Ministeri competenti, dell’ANAC, e del Governo), il quale dedicava l’intero Capo III (e segnatamente gli articoli dal 287 al 296), alle “Procedure di scelta del contraente ed aste elettroniche”.

In linea con gli obbiettivi di progressiva digitalizzazione delle procedure in materia di affidamento dei contratti pubblici perseguiti dalle nuove Direttive comunitarie (2014/23/UE; 2014/24/UE; 2014/25/UE) e dalla Legge Delega (L. 28 gennaio 2016, n. 11), il nuovo codice all’articolo 44, rubricato “Digitalizzazione delle procedure”, prevede che entro un anno dalla data di entrata in vigore del codice siano definite con decreto del Ministro per la semplificazione, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentita l’Agenzia per l’Italia Digitale (AGID) nonché dell’Autorità garante della privacy per i profili di competenza, le modalità di digitalizzazione delle procedure di tutti i contratti pubblici, anche attraverso l’interconnessione per interoperabilità dei dati delle pubbliche amministrazioni.

L’articolo 52 “Regole applicabili alle comunicazioni”, nel dare attuazione all’art. 22 della Dir. 2014/24/UE, all’art. 40 della Dir. 2014/25/UE e 29,33 e 34 della Dir. 2014/23/UE, aggiorna il con-

tenuto dell’art. 77 del D.Lgs. n. 163/2006, prevedendo l’obbligo, quale strumento di semplificazione e accelerazione delle procedure, nei settori ordinari e speciali, di eseguire tutte le comunicazioni e gli scambi di informazioni previsti dal codice utilizzando mezzi di comunicazione elettronici.

Gli strumenti da utilizzare per comunicare per via elettronica devono avere carattere non discriminatorio, devono essere comunemente disponibili e compatibili con i prodotti TIC generalmente in uso. Inoltre, non devono limitare l’accesso degli operatori economici alla procedura di aggiudicazione.

Il nuovo codice dedica, poi, la Sezione II, del capo I (“Modalità comuni alle procedure di affidamento”), del Titolo III (“Procedura di affidamento”) alle “Tecniche e strumenti per gli appalti elettronici e aggregati”.

La disciplina degli Accordi quadro, dettata dall’art. 54 del Decreto, ricalca testualmente quanto previsto dalle nuove Direttive comunitarie (8), peraltro non discostandosi da quella già prevista dall’art. 59 del previgente codice dei contratti (9).

La finalità dell’istituto è di mettere a disposizione delle stazioni appaltanti uno strumento flessibile che consente di selezionare, attraverso una procedura ad evidenza pubblica, uno o più operatori cui affidare tutti gli appalti relativi ad uno specifico settore per un determinato periodo (10) con evidenti vantaggi in termini di programmazione ed efficientamento delle procedure di acquisizione.

Anche la nuova disciplina dei sistemi dinamici di acquisizione, contenuta all’art. 55 del codice, riproduce testualmente le Direttive UE (11), introducendo alcune significative innovazioni alla regolamentazione dell’istituto già prevista dall’art. 60 del previgente Codice dei Contratti (12).

Tale strumento costituisce un processo di acquisizione interamente elettronico da utilizzarsi non solo più per forniture di beni e servizi tipizzati e standardizzati (come nella previgente disciplina) ma per tutti gli acquisti di uso corrente le cui caratteristiche, così come generalmente disponibili sul mer-

(8) Si vedano l’art. 33 della Dir. 2014/25/UE e l’art. 51 della Dir. 2014/25/UE.

(9) Elementi di novità rispetto alla previgente disciplina sono la mancata indicazione del numero minimo di soggetti (tre nel precedente codice) con cui deve essere concluso un accordo, laddove si sia nell’ipotesi conclusione di accordo con più operatori, nonché l’assenza di espliciti riferimenti al criterio di rotazione per la scelta del soggetto cui affidare il singolo appalto.

(10) Quattro anni per gli appalti ordinari e otto anni per quelli speciali.

(11) Si vedano l’art. 34 della Dir. 2014/24/UE e l’art. 52 della Dir. 2014/25/UE.

(12) Rispetto all’art. 60 del D.Lgs. n. 163/2006 viene introdotto l’obbligo per le amministrazioni di comunicare alla Commissione Ue ogni variazione del periodo di validità del sistema rispetto a quello indicato nell’avviso di gara. Rispetto alle Direttive UE, viene reinserita - in linea con quanto prevedeva l’art. 287 del d.P.R. n. 207 del 2010 - la facoltà per il Ministero dell’Economia e delle Finanze, anche avvalendosi di Consip, di realizzare e gestire un sistema dinamico di acquisizione per conto delle stazioni appaltanti.

cato, soddisfano le esigenze delle stazioni appaltanti. Altro elemento di novità consiste nel fatto che le Stazioni appaltanti per istituire il sistema devono seguire le disposizioni sulle procedure ristrette (e non più quelle sulle procedure aperte). Il sistema è, per sua natura, limitato nel tempo (ma scompare il limite massimo di quattro anni) e aperto per tutta la sua durata a qualsiasi operatore economico che soddisfi i criteri di selezione. Esso consente alle stazioni appaltanti - grazie ai mezzi elettronici utilizzati - di disporre di un ampio spettro di offerte, sia da parte degli operatori già selezionati che di quelli che possono successivamente chiedere di aderire al sistema, e quindi di garantire un efficiente utilizzo delle risorse pubbliche.

L'art. 56 del nuovo codice (13), sulla scorta di quanto già previsto all'art. 85 del previgente Codice dei Contratti, disciplina le Aste elettroniche, le quali intervengono dopo una prima valutazione completa delle offerte, consentendo di classificare le stesse sulla base di un trattamento automatico, mediante un dispositivo elettronico. Esso può trovare applicazione nell'ambito di tutte le procedure ammissibili (aperte, ristrette, negoziate previo bando, competitive con negoziazione, accordi quadro, sistemi dinamici di acquisizione) purché il contenuto dei documenti di gara possa essere fissato in maniera precisa. Per tale ragione gli appalti di servizi e lavori che hanno ad oggetto prestazioni intellettuali (come la progettazione) non possono essere oggetto di aste elettroniche.

La norma successiva, art. 57 del nuovo codice (14), detta la disciplina dei cataloghi elettronici, ovvero di un ulteriore strumento di *e-procurement* che consiste in un formato per la presentazione e organizzazione delle informazioni in un modo comune per tutti gli offerenti, suscettibile di trattamento elettronico (ad esempio un foglio elettronico). L'art. 58, infine, disciplina le modalità di svolgimento delle gare interamente gestite con sistemi telematici, per quanto attiene alla ricezione delle offerte ed agli adempimenti successivi, al controllo dei requisiti speciali, alla fase di aggiudicazione.

Giurisprudenza

Procedure telematiche: legittima attenuazione dei principi di trasparenza e pubblicità delle gare?

Il Consiglio di Stato in recenti pronunce (15) ha ritenuto che lo svolgimento in seduta riservata delle operazioni di gara - sia per le aste elettroniche che per le procedure telematiche (16) - sia giustificato dalla particolarità della procedura, che consente una piena tracciabilità delle operazioni, nonché dalla natura essenzialmente quantitativa e vincolata dei criteri di valutazione, dovendo la Commissione valutare se le caratteristiche tecniche delle offerte siano coerenti con le previsioni di gara e poi attribuire il punteggio previsto, e dalla segretezza dell'identità dei candidati fino all'ultima offerta (17).

I giudici di Palazzo Spada hanno precisato che tali modalità sono idonee a soddisfare l'interesse pubblico alla trasparenza ed imparzialità, che devono caratterizzare le procedure delle gare pubbliche, nel rispetto dei principi di tutela della *par condicio* tesi a tutelare i principi di pubblicità e trasparenza posti a fondamento della disciplina comunitaria e nazionale in materia di appalti pubblici (18).

Nell'asta elettronica, infatti, rischi di alterazione del confronto concorrenziale potrebbero verificarsi qualora gli offerenti potessero comunicare tra loro nel corso della speciale procedura ed è per questo che, qualora non fosse assicurata una adeguata riservatezza, sussisterebbe la possibilità di accordi fraudolenti.

Quindi, conclude il Consiglio di Stato, la circostanza che la prima valutazione completa delle offerte pervenute abbia luogo in seduta riservata, consente di introdurre dei momenti di segretezza, ulteriori rispetto a quelli riguardanti altre procedure, nelle quali le offerte sono immodificabili a seguito dell'apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta tecnica.

Tuttavia, l'art. 56 del D.Lgs. n. 50/2016 ha stabilito che "Nelle procedure aperte, ristrette o competitive con negoziazione o nelle procedure negoziate precedute da un'indizione di gara, le stazioni appaltanti possono stabilire che l'aggiudicazione di un appalto

(13) Si vedano l'art. 35 della Dir. 2014/24/UE e l'art. 53 della Dir. 2014/25/UE.

(14) Si vedano l'art. 36 della Dir. 2014/24/UE e l'art. 54 della Dir. 2014/25/UE.

(15) Cons. Stato, Sez. V, 5 dicembre 2014, n. 6017 e Cons. Stato, Sez. V, 5 dicembre 2014, n. 60178.

(16) G. Barbaro, *La gara telematica per l'affidamento di lavori pubblici: una procedura possibile. Analisi giuridico - funzionale*

di un possibile sistema informatico, in *Lexitalia*, 2004, 3.

(17) Per un ampio commento delle pronunce si veda C. Lenoci, *La simbiosi tra aste elettroniche e procedure telematiche*, in questa *Rivista*, 2015, 3, 291.

(18) Per un'approfondita ricognizione pratica sul tema si veda G. Sorrentino, *La gestione delle gare telematiche nel contenzioso amministrativo*, in *Appalti e contratti*, 2016, n. 1-2, 67, n. 3, 63, n. 4, 4.

sia preceduta da un'asta elettronica quando il contenuto dei documenti di gara, in particolare le specifiche tecniche, può essere fissato in maniera precisa". Tale indicazione di dettaglio denota la consapevolezza e la preoccupazione da parte del Legislatore di contenere l'utilizzo delle aste elettroniche entro limiti prestabiliti, al fine di evitare abusi di tale strumento che comporterebbero il rischio di sfalsamento della concorrenza (19). L'orientamento del Cons. Stato appare, dunque, azzardato, atteso che il solo utilizzo dell'asta elettronica non vale di per sé a legittimare una diminuzione degli obblighi di trasparenza e pubblicità delle procedure.

D'altra parte la valorizzazione degli automatismi delle procedure telematiche, se vista come un *favor* dal punto di vista della stazione appaltante, costituisce invece una penalizzazione nell'ottica dei partecipanti alle gare, che devono attenersi rigidamente a quanto prestabilito dalla procedura.

È stato affermato (20), infatti, che è legittima la previsione della *lex specialis* secondo cui "l'impresa è tenuta ad utilizzare, pena esclusione, il "modulo offerta" fornito in versione elettronica formato .xls. Il modulo compilato non dovrà essere convertito, pena esclusione, in altri formati (es. pdf). L'impresa dovrà pertanto firmare digitalmente il file nel formato .xls".

Secondo la giurisprudenza, le descritte modalità di compilazione del file "modulo offerta" con estensione .xls (un foglio di calcolo, quest'ultimo caratterizzato da una forma telematica in grado di garantire una gestione automatizzata del proprio contenuto direttamente attraverso strumenti elettronici) risultano pienamente funzionali all'esigenza di celerità e automatismo della valutazione delle offerte nell'ambito di una procedura telematica rispondendo ad una *ratio* di efficienza dell'azione amministrativa in rapporto alla quale la sanzione espulsiva espressamente imposta dagli atti di gara rappresenta previsione coerente e proporzionata.

A rafforzare, infine, la legittimità dell'esclusione operata dalla Stazione Appaltante muove la considerazione che in alcun modo la suddetta clausola rendesse impossibile ovvero eccessivamente difficoltoso l'inoltro del modulo offerta in via telematica, modalità quest'ultima avente l'evidente scopo di informatizzare e velocizzare la procedura di selezione, nel rispetto delle concomitanti esigenze di trasparenza e di imparzialità nella deliberazione delle offerte.

Gare telematiche e gare elettroniche: analogie e differenze. Riflessioni sul nuovo regime delle comunicazioni ex art. 76

D.Lgs. n. 50/2016

La giurisprudenza (21) - in un caso di ricorso presentato avverso l'aggiudicazione definitiva di una gara (indetta dalla società Expo 2015) ai sensi dell'art. 125, comma 11, D.Lgs. n. 163/2006, per l'affidamento del servizio di ideazione e sviluppo di un prototipo di una piattaforma tecnologica ha affermato che la gestione delle procedura in modalità interamente telematica attraverso la piattaforma (gestita da Arca Lombardia) non determina *de plano* la qualificazione della gara come asta elettronica.

A differenza di quest'ultima, infatti, soltanto la presentazione delle offerte e non anche la valutazione delle stesse avviene in modalità telematica (cioè automatica da parte del sistema); in particolare, avendo la stazione appaltante scelto l'offerta economicamente più vantaggiosa quale criterio di aggiudicazione è legittima l'attività - di natura discrezionale - svolta dalla Commissione giudicatrice nell'attribuzione dei punteggi.

Con riferimento, poi, all'incompletezza della comunicazione ex art. 79, comma 5, D.Lgs. n. 163/2006 relativa all'operatore aggiudicatario con relativo punteggio ottenuto, ma priva della data di scadenza del termine dilatorio per la stipulazione del contratto (*stand still period*) e delle motivazioni in ordine alle caratteristiche e ai vantaggi dell'offerta selezionata, si tratta di una mera irregolarità che non può determinare l'annullamento del provvedimento ma, ricorrendone i presupposti, ragione di proposizione di motivi aggiunti.

La nuova disciplina dello *stand still period*, peraltro, prevede, all'art 32, comma 10, lett. b che il medesimo non si applichi (peraltro come in passato) nel caso di appalti basati su accordi quadro di cui all'art. 54, nel caso di appalti specifici basati su un sistema dinamico di acquisizione di cui all'art. 55, nel caso di acquisti effettuati attraverso il mercato elettronico e nel caso di affidamenti effettuati ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. a) e b), ovvero per affidamenti di importo inferiore a euro 40.000 (mediante affidamento diretto, adeguatamente motivato o per i lavori in amministrazione diretta), nonché per affidamenti di importo pari o superiore a euro 40.000 e inferiore a euro 150.000 per i lavo-

(19) A. Masucci, *Le aste elettroniche e la modernizzazione delle procedure di aggiudicazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2013, 3, 317.

(20) T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. I, 5 marzo 2014, n. 381.

(21) T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 8 gennaio 2014, n. 14.

ri, o alle soglie di cui all'art. 35 per le forniture e i servizi, mediante procedura negoziata previa consultazione di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici (tale esclusione dello *stand still*, limitando - oltretutto senza la copertura della legge delega per la riforma del Codice - l'effettività della tutela affermata in sede comunitaria, sarà all'evidenza foriera di contese).

Si coglie il riferimento all'art. 79 del D.Lgs. n. 163/2006 per segnalare che la nuova disciplina generale delle comunicazioni è ora racchiusa nell'art. 76 del codice n. 50/2016.

Il provvedimento che determina le esclusioni è, oggi, soggetto a una sorta di pubblicazione in tempo reale. Per gli altri atti, invece, lo stesso art. 76 contempla diversi termini per l'effettuazione delle comunicazioni, incentrate, in particolare, sulla previsione del termine di risposta della stazione appaltante, da effettuare entro "quindici giorni" dalla richiesta dell'interessato. La soppressione dell'art. 79 ha suscitato dubbi in dottrina in relazione alla decorrenza del termine per proporre l'impugnativa (22) nel giudizio "specialissimo" sulle ammissioni previsto dal novellato art. 120 del D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104.

In linea di principio la completa digitalizzazione della procedura di gara dovrebbe consentire all'operatore interessato di conoscere "immediatamente" e senza particolari difficoltà, tutti gli atti di gara.

Dal momento della disponibilità informatica dei documenti del procedimento, l'interessato dovrebbe essere in possesso delle cognizioni essenziali per la proposizione del ricorso. Tuttavia, qualora dovesse risultare assente, o incompleta, la piena informatizzazione della procedura, l'interessato, nel nuovo regime, non avrebbe più a disposizione lo strumento dell'accesso informale da esercitare nei dieci giorni dalla comunicazione (di cui all'abrogato comma 5 *quater* dell'art. 79 (23)).

La soluzione più equilibrata e ragionevole dovrebbe essere quella secondo cui, in tale situazione, una volta ottenuta la comunicazione dell'aggiudicazione, l'interessato abbia l'onere di impugnare il provvedimento lesivo entro trenta giorni.

Resta ferma, però, la facoltà di proporre motivi aggiunti, nel termine decorrente dalla effettiva conoscenza degli altri atti di gara.

Da notare, ancora, che il regime delle comunicazioni e pubblicazioni "immediate" riguarda il solo provvedimento di ammissione-esclusione adottato all'esito della fase preliminare di gara. Lo stesso regime, invece, non è previsto per le esclusioni o (ri)ammissioni intervenute successivamente (24).

La pronuncia in esame precisa poi che, qualora il criterio di aggiudicazione prescelto sia l'offerta economicamente più vantaggiosa, la nomina della Commissione giudicatrice deve avvenire anche per le procedure telematiche dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte, ai sensi dell'art. 84, comma 10 del codice dei contratti.

In relazione alla previgente normativa (costituita dal d.P.R. n. 207/2010, abrogato dal D.Lgs. n. 50/2016), viene affermato che ai sensi dell'art. 328, comma 4 del regolamento di attuazione, le stazioni appaltanti possono effettuare acquisti di beni e servizi sotto soglia (25):

a) attraverso un confronto concorrenziale delle offerte pubblicate all'interno del mercato elettronico o delle offerte ricevute sulla base di una richiesta di offerta rivolta ai fornitori abilitati;

b) in applicazione delle procedure di acquisto in economia. Si tratta, dunque, di procedure indette ai sensi dell'art. 124 (negoziato sotto soglia) e 125 (cottimo fiduciario e affidamento diretto) del codice dei contratti e rientranti nel *genus* delle gare interamente gestite con sistemi telematici di cui all'art. 85, comma 13 del codice dei contratti.

Con riferimento allo *stand still period* si evidenzia che la L. n. 94/2012 ha espressamente esteso la non applicazione di tale istituto nell'ipotesi di acquisto effettuato attraverso il mercato elettronico

(22) Si veda M. Lipari, *La tutela giurisdizionale e "precontenziosa" nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *www.federalismi.it*, 2016, 10, 26.

(23) Secondo cui: "Fermi i divieti e differimenti dell'accesso previsti dall'articolo 13, l'accesso agli atti del procedimento in cui sono adottati i provvedimenti oggetto di comunicazione ai sensi del presente articolo è consentito entro dieci giorni dall'invio della comunicazione dei provvedimenti medesimi mediante visione ed estrazione di copia. Non occorre istanza scritta di accesso e provvedimento di ammissione, salvi i provvedimenti di esclusione o differimento dell'accesso adottati ai sensi dell'articolo 13. Le comunicazioni di cui al comma 5 indi-

cano se ci sono atti per i quali l'accesso è vietato o differito, e indicano l'ufficio presso cui l'accesso può essere esercitato, e i relativi orari, garantendo che l'accesso sia consentito durante tutto l'orario in cui l'ufficio è aperto al pubblico o il relativo personale presta servizio".

(24) La scelta legislativa potrebbe risultare coerente con l'opzione di assoggettare al rito specialissimo solo determinati atti. Tuttavia, si potrebbe valutare, in sede di correttivo, l'opportunità di prevedere, comunque, lo stesso regime di pubblicità anche per gli atti successivi. (M. Lipari, *op. cit.*, 29).

(25) Oggi si veda l'art. 36 del nuovo codice appalti.

della pubblica amministrazione di cui all'art. 328 del Regolamento (26).

**Procedura di gara con invito telematico:
in caso di indirizzo pec errato l'onere
di verifica grava sulla Stazione appaltante**

Nelle gare d'appalto la gestione delle comunicazioni in modalità telematica tramite l'utilizzo della posta elettronica certificata (PEC) (27) impone in capo alla Stazione Appaltante l'onere di verificare la corretta ricezione delle stesse da parte degli operatori economici partecipanti anche nell'ipotesi di errata indicazione della casella PEC sulla domanda di partecipazione inoltrata - nel caso specifico - a seguito della pubblicazione di un avviso pubblico esplorativo per l'affidamento in concessione del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza per la viabilità in situazioni di emergenza. L'utilizzo della posta elettronica certificata nell'ambito dei rapporti tra pubblica amministrazione e privato è disciplinato, infatti, dal d.P.R. 11 febbraio 2005, n. 68 così come di seguito schematicamente riportato. Il documento informatico trasmesso per via telematica si intende spedito dal mittente se inviato al proprio gestore, e si intende consegnato al destinatario se reso disponibile all'indirizzo elettronico da questi dichiarato, nella casella di posta elettronica del destinatario messa a disposizione dal gestore (art. 3). La posta elettronica certificata consente l'invio di messaggi la cui trasmissione è valida agli effetti di legge. La validità della trasmissione e ricezione del messaggio di posta elettronica certificata è attestata rispettivamente dalla ricevuta di accettazione e dalla ricevuta di avvenuta consegna (art. 4). Il gestore di posta elettronica certificata utilizzata dal mittente fornisce al mittente stesso la ricevuta di accettazione nella quale sono contenuti i dati di certificazione che costituiscono prova dell'avvenuta spedizione di un messaggio di posta elettronica certificata. Il gestore di posta elettronica certificata utilizzato dal destinatario fornisce al mittente, all'indirizzo elettronico del mittente, la

ricevuta di avvenuta consegna. La ricevuta di avvenuta consegna fornisce al mittente prova che il suo messaggio di posta elettronica certificata è effettivamente pervenuto all'indirizzo di posta elettronica dichiarato dal destinatario e certifica il momento della consegna tramite un testo, leggibile dal mittente, con tenente i dati di certificazione (art. 6).

In altri termini, la corrispondenza trasmessa tra due caselle PEC ("domini" certificati) prevede le seguenti operazioni: quando il mittente possessore di una casella PEC invia un messaggio ad un altro utente certificato, il messaggio viene raccolto dal gestore del dominio certificato (punto di accesso) che vi applica una firma elettronica in modo da garantirne provenienza e inalterabilità. Successivamente il messaggio viene indirizzato al gestore PEC destinatario, che verifica la firma e provvede alla consegna al ricevente (punto di consegna). Solo a questo punto il gestore PEC destinatario invia una ricevuta di avvenuta consegna al mittente che non prima di questo momento può essere certo che il suo messaggio sia arrivato a destinazione (s) Appare chiaro, quindi, che soltanto la ricevuta di consegna (e non la ricevuta di accettazione) rappresenta elemento di presunzione di conoscenza del messaggio inviato. In caso di errore ovvero di mancata acquisizione della ricevuta di consegna è onere della Stazione Appaltante attivare modalità di comunicazione alternative (28).

**L'obbligo di utilizzo del MePA legittima
la revoca della procedura ordinaria, senza
specifici oneri motivazionali**

Il Consiglio di Stato (29) ha ritenuto corretto l'operato di un'azienda sanitaria che ha revocato una procedura "tradizionale" in economia per l'affidamento del servizio di mediazione culturale indetta ai sensi dell'art. 125 del codice dei contratti, avendo riscontrato la possibilità (*rectius* obbligo) di ricorrere al Mercato elettronico della pubblica amministrazione.

(26) Nell'ambito della piattaforma Mepa, è possibile effettuare richieste di offerte prevedendo quale criterio di aggiudicazione sia il prezzo più basso sia l'offerta economicamente più vantaggiosa; in entrambe le ipotesi, tuttavia, la gestione telematica della procedura (*rectius* l'attivazione dei diversi comandi sul Portale Consip) è effettuata a livello operativo da un solo soggetto referente della Stazione Appaltante (il c.d. Punto Ordinante) fermo restando - nell'ipotesi di gara con l'OEPA - l'attività effettuata off line (fuori piattaforma) dalla Commissione giudicatrice. Per completezza, si segnala che qualora la valutazione tecnica delle offerte sia di carattere oggettivo (cioè legata a parametri numerici) è possibile "programmare" la singola Richiesta di offerta in modo che la valutazione (di caratte-

re non discrezionale) delle offerte sia effettuata direttamente dal sistema telematico (cfr. G. Sorrentino, *op. cit.*, nn. 1-2, 69).

(27) Per quanto attiene al Mepa, la gestione delle RDO non prevede l'inoltro degli inviti mediante messaggi di posta elettronica certificata. In particolare, in fase di caricamento della procedura, il Punto Ordinante può scegliere (mediante il campo "Invita tutti i fornitori") se la gara sia riservata agli operatori già abilitati ovvero se la stessa sia "aperta" anche ad operatori privi della necessaria abilitazione.

(28) T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. I, 6 febbraio 2014, n. 222.

(29) Cons. Stato, Sez. III, 22 ottobre 2014, n. 5202 (conferma T.A.R. Marche, Ancona, Sez. I, 7 marzo 2014, n. 325).

Secondo i giudici di Palazzo Spada, infatti, l'utilizzo del MePA non richiede necessariamente la totale identità tra il servizio offerto in piattaforma (ovvero disponibile direttamente all'interno dei Cataloghi elettronici) e quello richiesto dalla Stazione Appaltante.

Accanto all'Ordine diretto (ODA) caratterizzato dalla possibilità di acquistare un determinato prodotto/servizio tra quelli disponibili a catalogo, la Stazione Appaltante ha, infatti, la possibilità di attivare una Richiesta di offerta (RdO) sia al fine di poter ottenere uno sconto sul miglior prezzo presente a catalogo sia al fine di poter attivare una negoziazione di natura tecnica e/o economica su un servizio o fornitura (c.d. metaprodotto) da realizzare secondo le proprie specifiche esigenze (cc.dd. condizioni particolari di contratto); nel caso specifico la Stazione Appaltante ha riscontrato la presenza nel MePA del servizio di interpretariato da remoto considerato - nell'ambito della propria discrezionalità tecnica - quale servizio affine alla mediazione culturale; in particolare, il capitolato speciale d'appalto messo a gara dall'Azienda sanitaria prevedeva che il servizio di interpretariato telefonico venisse integrato con l'intervento di personale su chiamata e con l'utilizzo di mediatori culturali.

Ai sensi dell'art. 15, comma 13, lett. d), D.L. n. 95/2012, convertito con L. n. 135/2012, gli enti del servizio sanitario nazionale, ovvero, per essi, le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano, utilizzano, per l'acquisto di beni e servizi di importo pari o superiore a euro 1.000 relativi alle categorie merceologiche presenti nella piattaforma CONSIP, gli strumenti di acquisto e negoziazione telematici messi a disposizione dalla stessa CONSIP - compreso quindi il MEPA -, ovvero, se disponibili, dalle centrali di committenza regionali di riferimento costituite ai sensi dell'art. 1, comma 455, L. 27 dicembre 2006, n. 296; i contratti stipulati in violazione di quanto sopra indicato sono nulli, costituiscono illecito disciplinare e sono causa di responsabilità amministrativa. Attesa l'obbligatorietà dell'utilizzo del MePA, la decisione in autotutela di revocare una gara "tradizionale" per utilizzare la piattaforma MePA non necessita di ulteriore e specifica motivazione.

Sottoscrizione digitale dell'offerta

In materia di sottoscrizione digitale della documentazione di gara occorre premettere che la stessa su-

birà in futuro notevoli mutamenti rapportati dall'introduzione del Documento di Gara Unico Europeo previsto dall'art. 85 del Nuovo Codice.

Nell'ipotesi di partecipazione da parte di un costituendo raggruppamento di imprese ad una procedura di gara telematica l'offerta economica deve essere sottoscritta (con firma digitale) da parte di tutti i legali rappresentanti dei componenti del raggruppamento, comprese le mandanti, pena la mancanza di un elemento essenziale dell'offerta economica non sanabile *ex post* a mezzo del c.d. "soccorso istruttorio" (30), oggi disciplinato dall'art. 83, comma 9, D.Lgs. n. 50/2016.

Nell'ambito delle procedure telematiche di gara il codice dei contratti, all'art. 77, comma 6, lett. b) (31), dispone che le offerte degli operatori economici debbano essere presentate solo utilizzando la firma elettronica digitale, come definita e disciplinata dal D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82.

Tale previsione, correttamente sanzionata a pena di esclusione, risulta conforme alla disciplina prevista in materia di tassatività delle cause di esclusione dall'abrogato art. 46, comma 1 *bis* (32) del citato codice dei contratti: il legislatore, infatti, ha previsto, tra l'altro, l'esclusione dalla gara, oltre che nei casi previsti dalla legge, anche nei casi di difetto di sottoscrizione (telematica nel caso di specie) nonché di incertezza assoluta in ordine ad elementi essenziali dell'offerta.

L'applicazione delle disposizioni di cui al citato art. 77 non determina, altresì, alcuna violazione dell'art. 38, comma 2, d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445: infatti, in materia di documentazione amministrativa, se da un lato tutte le istanze e le dichiarazioni da presentare alla pubblica amministrazione possono essere inviate anche per fax o per via telematica, dall'altro è previsto che queste ultime sono da considerarsi valide solo se effettuate secondo quanto previsto dall'art. 65, D.Lgs. n. 82 del 2005 ovvero nei seguenti casi:

- a) se sottoscritte mediante la firma digitale, il cui certificato è rilasciato da un certificatore accreditato;
- b) ovvero, quando l'autore è identificato dal sistema informatico con l'uso della carta d'identità elettronica o della carta nazionale dei servizi, nei limiti di quanto stabilito da ciascuna amministrazione ai sensi della normativa vigente;
- c) ovvero quando l'autore è identificato dal sistema informatico con i diversi strumenti di cui all'art.

(30) T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 2 aprile 2013, n. 459.

(31) Oggi si vedano art 40 e 52, comma 8, lett. c) del nuovo

Codice appalti.

(32) Oggi si veda l'art. 83 del D.Lgs. n. 50/2016.

64, comma 2, nei limiti di quanto stabilito da ciascuna amministrazione ai sensi della normativa vigente nonché quando le istanze e le dichiarazioni sono inviate con le modalità di cui all'art. 38, comma 3, d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445;

c bis) ovvero se trasmesse dall'autore mediante la propria casella di posta elettronica certificata purché le relative credenziali di accesso siano state rilasciate previa identificazione del titolare, anche per via telematica secondo modalità definite con regole tecniche adottate ai sensi dell'articolo 71, e ciò sia attestato dal gestore del sistema nel messaggio o in un suo allegato. In tal caso, la trasmissione costituisce dichiarazione vincolante ai sensi dell'art. 6, comma 1, secondo periodo. Sono fatte salve le disposizioni normative che prevedono l'uso di specifici sistemi di trasmissione telematica nel settore tributario.

In tale contesto, tuttavia, la natura imperativa riconosciuta all'art. 77 del D.Lgs. n. 163/2006 impone per le procedure telematiche che le offerte siano valide solo se sottoscritte, mediante firma digitale. Dinanzi alla mancata sottoscrizione digitale dell'offerta economica da parte della mandante nell'ambito di una gara MePA, la giurisprudenza (33) - partendo dal presupposto che "la firma serve a rendere nota la paternità e a vincolare l'autore al contenuto del documento ritraente detta dichiarazione, assolve, cioè, la funzione indefettibile di assicurare provenienza, serietà, affidabilità e insostituibilità dell'offerta e costituisce elemento essenziale per la sua ammissibilità, sotto il profilo sia formale sia sostanziale, potendosi solo ad essa riconnettere gli effetti propri della manifestazione di volontà volta alla costituzione del rapporto giuridico" ha precisato che "la mancanza della sottoscrizione (richiesta a tutti gli operatori economici costituendo il raggruppamento temporaneo non ancora costituito ai sensi dell'art. 37 comma 8 codice), pregiudicando un interesse sostanziale pubblicistico, comporta che l'offerta non possa essere 'tal quale accettata; non integra, cioè, una mera irregolarità formale sanabile nel corso del procedimento, ma inficia irrimediabilmente la validità e la ricevibilità della dichiarazione di offerta, senza che, all'uopo, sia necessaria una espressa previsione della *lex specialis*". Di particolare interesse è, altresì, il passaggio nella sentenza sulla delibera dell'ANAC n.

1/15, nella parte in cui quest'ultima, dopo avere qualificato come elemento essenziale la sottoscrizione dell'offerta, ne prevede la sola sanzione pecuniaria, ritenendo che l'omissione sia sanabile, "ferma restando la riconducibilità dell'offerta al concorrente". Ad avviso del Collegio, infatti, la mancata sottoscrizione digitale da parte della mandante fa venire meno proprio la riconducibilità dell'offerta alla concorrente, presupposto quest'ultimo necessario per l'applicazione del soccorso istruttorio; inoltre, conformemente a quanto già rappresentato dall'Ad. Plen. n. 9/2014, consentire la sottoscrizione dell'offerta economica mediante soccorso istruttorio equivale a superare il termine ultimo di presentazione delle offerte, con compromissione del canone di par condicio e buon andamento nonché, circostanza ancora più grave, di violazione del principio di segretezza dell'offerta.

In sede di attività di verifica della sottoscrizione digitale dell'offerta la giurisprudenza (34) ha affermato che rientra nella piena responsabilità della stazione appaltante munirsi degli strumenti necessari per aprire e leggere i file trasmessi dal concorrente. Talché essendo emerso che i "file" forniti dalla ricorrente risultavano perfettamente leggibili e privi di qualsivoglia errore informatico che potesse comprometterne la lettura la pronuncia ha concluso che eventuali problemi nella loro apertura e lettura erano da addebitarsi alla mancanza di conoscenze (di base) o strumentazioni informatiche (software di base) di chi era addetto alla ricezione di tali documenti.

L'offerta della ricorrente era stata correttamente redatta e trasmessa e la mancata lettura della documentazione presentata a suo corredo risultava imputabile esclusivamente a responsabilità della P.A., che avrebbe facilmente potuto ovviare all'inconveniente disponendo un supplemento istruttorio, anche con l'ausilio di personale all'uopo maggiormente qualificato, in grado di procedere all'utilizzo dei programmi informatici necessari (e, per quanto emerso, scaricabili liberamente da internet nella loro versione gratuita), onde poter agevolmente procedere all'apertura dei file trasmessi e pervenuti alla s.a. tramite piattaforma MePA.

In relazione ai Raggruppamenti temporanei d'impresa è stato chiarito, infine, che nelle gare telematiche l'obbligo di sottoscrizione dell'offerta da parte

(33) T.A.R. Lazio, Roma, Sez. 111 *ter*, 30 giugno 2015, n. 8743.

(34) In altri termini, l'applicazione del soccorso istruttorio consentirebbe ad un concorrente di esprimere la sua volontà di partecipazione alla gara in un momento nel quale tale possi-

bilità è preclusa a tutti gli altri concorrenti incidendo, con un ulteriore atto di volontà, sulle sorti della procedura. (G. Sorrentino, *La gestione delle gare telematiche nel contenzioso amministrativo*, in *Appalti e contratti*, 2016, 4, 89).

di tutti gli operatori associati non si applica nell'ipotesi di RTI costituito. In tal caso, infatti, l'offerta deve essere sottoscritta soltanto dall'operatore capogruppo (35), così come l'obbligo di utilizzo della firma digitale sussiste anche nell'ipotesi di sottoscrizione del contratto di avvalimento (36).

Considerazioni conclusive

Una prima riflessione sul tema riguarda il fatto che la stratificazione normativa ha reso difficile per gli operatori del settore operare concretamente attraverso gli strumenti telematici previsti dal sistema giuridico. L'obbligo di approvvigionarsi (per gli importi sotto la soglia di rilevanza comunitaria) attraverso gli strumenti di acquisto e negoziazione, telematici e non, messi a disposizione da Consip o dagli altri soggetti aggregatori (centrali di committenza regionali) (MePa, altri mercati elettronici, Convenzioni, Accordi Quadro), deve essere coordinata con le norme contenute nel nuovo Codice degli appalti.

Le varie leggi di stabilità e *spending review*, che si sono succedute in questi anni, devono necessariamente trovare un sistema di armonizzazione con la disciplina prevista all'art. 38 del nuovo Codice in materia di qualificazione delle stazioni appaltanti. Si auspica, ovviamente, che la normativa di integrazione al codice che verrà emanata (37) disponga

anche chiaramente e una volta per tutte il coordinamento tra le varie normative.

L'aspetto fondamentale, quando entrerà a regime la qualificazione, sarà comprendere innanzitutto quando la la Stazione Appaltante possa procedere autonomamente agli acquisti, oppure debba delegare gli stessi ad altri soggetti (soggetti aggregatori), inquadrando i limiti normativi della libertà d'azione delle stazioni appaltanti e le modalità di attuazione concreta di tale azione (mediante ricorso al MePA oppure altri mercati gestiti da centrali di committenza regionale o territoriale, convenzioni, Accordi Quadro etc.).

Un ulteriore auspicio concerne il fatto che la necessità di operare un'effettiva *spending review* nel settore pubblico, sia sorretta da una visione unitaria, che non rinunci alla qualità dei servizi erogati ai cittadini secondo i principi di semplificazione ed efficienza dell'apparato amministrativo.

In relazione al settore degli appalti pubblici, in particolare, l'implementazione delle nuove tecnologie informatiche dovrebbe permettere di raggiungere obiettivi concreti, facilitando l'operato dell'Amministrazione e dei cittadini, ciò ben distante dal burocratizzare le procedure telematiche, le quali dovrebbero di per se costituire strumenti di facilitazione ed alleggerimento dell'agire amministrativo.

(35) Cons. Stato, Sez. III, 15 gennaio 2016, n. 112.

(36) Cons. Stato, Sez. V, 15 marzo 2016, n. 1032.

(37) Ai sensi del comma 2, dell'art. 38 del D.Lgs. n. 50/2016, infatti: "Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, da adottarsi, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro per la semplificazione della pubblica amministrazione, entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente codice, sentite l'ANAC e la Conferenza Unificata, sono definiti i requisiti tecnico organizzativi per l'iscrizione all'elenco di cui al comma 1, in applicazione dei criteri di qualità, efficienza e professionalizzazione, tra cui, per le centrali di committenza, il carattere di stabilità delle attività e il

relativo ambito territoriale. Il decreto definisce, inoltre, le modalità attuative del sistema delle attestazioni di qualificazione e di eventuale aggiornamento e revoca, nonché la data a decorrere dalla quale entra in vigore il nuovo sistema di qualificazione"; ed ai sensi del successivo comma 6: "L'ANAC stabilisce le modalità attuative del sistema di qualificazione, sulla base di quanto previsto dai commi da 1 a 5, ed assegna alle stazioni appaltanti e alle centrali di committenza, anche per le attività ausiliarie, un termine congruo al fine di dotarsi dei requisiti necessari alla qualificazione. Stabilisce, altresì, modalità diversificate che tengano conto delle peculiarità dei soggetti privati che richiedono la qualificazione".