

## **E-PROCUREMENT SOTTO SOGLIA: ANALISI NORMATIVA E MODELLI A CONFRONTO**

*Di* Mauro Gatti

Sett. 2001

PREMESSE .....	1
1. Analisi delle principali fonti normative in tema di pubblici appalti sotto soglia.....	2
1.1 Il Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato .....	2
1.2 Il D.P.R. 18.04.1994 n. 573.....	3
1.3 Le Leggi Regionali .....	3
1.4 D.Lgs. 18/8/00 n. 267.....	3
1.5 D.Lgs. 19.06.1999 n. 229 art. 3 c. 1 ter.....	4
2. <i>E-procurement</i> e trattativa privata .....	5
2.1 Nelle Amministrazioni dello Stato .....	5
2.2 Nelle Regioni.....	5
2.3 Negli Enti Locali .....	6
2.4 Negli Enti del Servizio Sanitario Nazionale.....	6
3. Modelli sperimentali di <i>e-procurement</i> .....	6
3.1 Il Comune di Siena .....	6
3.2 Delega a terzi della gestione di procedure di <i>e-procurement</i> .....	7
3.3 L'Azienda U.S.L. di Modena .....	7
3.4 I Market Place.....	8
3.5. Altri esempi: nei settori esclusi .....	8
4. Considerazione conclusive.....	8
4.1 Ammissibilità dell' <i>e-procurement</i> .....	8
4.2 Criticità dell' <i>e-procurement</i> .....	9
4.2.1 Sistematica adozione della trattativa privata.....	9
4.2.2 Contrasto con il principio di legalità dell'azione amministrativa.....	9
4.2.3 Rispetto della par condicio.....	9
4.2.4 Rispetto del principio di trasparenza.....	10

## PREMESSE

Negli ultimi mesi si è assistito alla proliferazione di iniziative sperimentali volte alla realizzazione di nuove modalità di acquisto mediante l'ausilio di strumentazioni informatiche e telematiche di beni e servizi per importi inferiori a quelli stabiliti dalle norme comunitarie(1).

Si tratta di esperienze piuttosto eterogenee, sia per il quadro normativo di riferimento, sia per le modalità di svolgimento delle procedure(2), che tuttavia, in considerazione dell'utilizzo delle tecnologie informatiche, sono spesso accomunate dalla definizione di *elettronic procurement*.

Con il presente contributo si cercherà, analizzando il quadro legislativo vigente, di individuare le specifiche norme che legittimano il ricorso a tali innovative modalità di acquisizione, nonché di classificare, in base alle modalità di espletamento delle singole procedure, alcuni modelli di *e-procurement*.

Prima di entrare nel merito si ritiene opportuno richiamare brevemente i principi generali della materia.

Gli Enti Pubblici dispongono della capacità giuridica generale di diritto privato, ex art. 11 c.c., in quanto gli stessi "(...) godono dei diritti secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico".

Per ciò che concerne la specifica materia contrattuale si ricorre tradizionalmente alla distinzione fra la fase di formazione della volontà e quella dell'esecuzione dell'accordo; la prima è disciplinata dal diritto pubblico, mentre nella seconda non sono solitamente ravvisabili distinzioni rispetto a quanto dettato dal codice civile. Di conseguenza, mentre per i soggetti privati sono giuridicamente irrilevanti gli atti che precedono la stipulazione di un contratto, gli Enti Pubblici, onde addivenire alla scelta del contraente, devono attenersi al rispetto delle forme prescritte dalle leggi in materia. Il complesso di queste regole permea le procedure dette di "evidenza pubblica", le cui fonti normative sono integrate dall'insieme dei principi elaborati nel corso del tempo da dottrina e giurisprudenza pubblicistiche, quali ad esempio il rispetto della *par condicio* fra i partecipanti, l'obbligo di trasparenza, la necessaria adozione di criteri ermeneutici ispirati a favorire la massima partecipazione alle procedure, ecc.

Tuttavia le norme applicabili ad ogni singola procedura di scelta del contraente, nell'ambito di tale quadro giuridico, differiscono a seconda della stazione appaltante, dell'oggetto contrattuale nonché del relativo importo.

La normativa di origine comunitaria disciplina le procedure di acquisizione di beni e servizi per importi superiori a quelli indicati dalla medesima; le rimanenti acquisizioni non sono tuttavia regolate secondo modalità uniformi, ed è pertanto opportuno procedere analizzando alcune delle principali fonti normative in materia di scelta del contraente per la stipulazione di contratti con importi inferiori a quelli di rilievo comunitario, onde delineare il quadro normativo di riferimento dell'*e-procurement* sotto soglia.

### 1. Analisi delle principali fonti normative in tema di pubblici appalti sotto soglia

#### 1.1 Il Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato

Il R.D. 18.11.1923 n. 2440, unitamente al R.D. 23.05.1924 n. 827 ("Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello stato"), disciplinano, tra l'altro, le modalità di svolgimento delle procedure di scelta del contraente cui deve attenersi la stazione appaltante onde pervenire all'aggiudicazione, nonché i presupposti per la loro adozione.

Come noto, di regola, le Amministrazioni devono procedere mediante pubblico incanto o licitazione privata(3), potendo ricorrere alla trattativa privata solo a fronte di "speciali ed eccezionali circostanze"(4), il cui caso più ricorrente è quello "dell'urgenza".

Le modalità di svolgimento delle procedure sono a loro volta dettagliatamente disciplinate dagli articoli 63 e seguenti del R.D. 23.05.1924 n. 827 per quanto riguarda l'asta pubblica(5), e nell'art. 89 con riferimento alla licitazione privata(6); tali norme prescrivono il compimento di determinate formalità che si rivelano, in larga misura, incompatibili con l'utilizzo di strumenti innovativi(7).

Con riferimento alla trattativa privata non vengono invece previste particolari modalità di svolgimento; "La trattativa privata ha luogo quando dopo aver interpellato, se ciò sia ritenuto conveniente, più persone o ditte, si tratta con una di esse"(8). Ovviamente la stazione appaltante potrà autolimitarsi facendo precedere la scelta del contraente da una c.d. gara informale, la quale tuttavia sarà disciplinata con le modalità stabilite dalla stessa, senza dover necessariamente rinviare a disposizioni legislative o regolamentari(9), pur nel rispetto dei principi generali del diritto amministrativo in tema di procedure di scelta del contraente, con particolare riferimento all'osservanza della *par condicio* fra i concorrenti(10) e al dovere di trasparenza dell'attività amministrativa(11).

Si tenga presente inoltre che, a prescindere dal sistema di scelta del contraente adottato "sono esclusi dal fare offerte per tutti i contratti le persone o ditte che nell'eseguire altra impresa si siano resi colpevoli di negligenza o malafede"(12).

Infine, con riferimento all'ambito di efficacia del Regolamento per la contabilità Generale dello Stato, occorre osservare che lo stesso si applica obbligatoriamente alle sole amministrazioni statali, salva la facoltà per le altre stazioni appaltanti di richiamarne le norme negli atti di gara, anche in considerazione del fatto che vi sono recepiti molti dei principi generali del diritto amministrativo in tema di procedure di scelta del contraente<sup>(13)</sup>.

## 1.2 II D.P.R. 18.04.1994 n. 573

Il "Regolamento recante norme di semplificazione dei procedimenti di aggiudicazione di pubbliche forniture di valore inferiore alla soglia di rilievo comunitario" si applica alla "aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (...) il cui valore di stima sia inferiore alle 200.000 unità di conto europee"(14), mentre dal punto di vista soggettivo, le sue disposizioni riguardano, oltre lo Stato, pressoché tutte le pubbliche amministrazioni(15).

La norma in esame non interviene a disciplinare le modalità di svolgimento della gara, lasciando quindi inalterate le opzioni previste del Regolamento Generale per la Contabilità dello Stato(16) e le loro modalità di svolgimento.

L'art. 5 prevede rinvii espressi alla normativa comunitaria "in quanto applicabile", con riferimento alle modalità di redazione dei bandi di gara e soprattutto al possesso dei requisiti generali e speciali in capo ai fornitori(17).

Pertanto, ai fini che qui rilevano, in base al D.P.R. n. 573/94, gli appalti di forniture potranno essere effettuati con le modalità previste dal Regolamento Generale, ma con la necessità di verificare in capo ai partecipanti il possesso di tutti i requisiti previsti dalla normativa comunitaria(18).

### 1.3 Le Leggi Regionali

Numerose Regioni hanno emanato apposite leggi disciplinanti la propria attività contrattuale e quella degli enti strumentali o dipendenti dalle stesse<sup>(19)</sup>.

In relazione all'eshaustività di tali provvedimenti legislativi, se da un lato è comune il rinvio alle norme sulla Contabilità Generale dello Stato, dall'altro è notevolmente differente l'entità del medesimo, operando talvolta a livello dei soli principi<sup>(20)</sup>, o in altri casi, direttamente alle norme di diritto positivo<sup>(21)</sup>; talvolta invece non è ravvisabile alcun rinvio, ponendosi la Legge Regionale medesima quale fonte regolatrice della materia<sup>(22)</sup>.

Passando all'esame dei singoli provvedimenti regionali, spesso colpisce l'eterogeneità dei medesimi, i quali tuttavia sono accomunati da talune concezioni di fondo, fra le quali notevole rilevanza riveste la facoltà, prevista in capo alle stazioni appaltanti, di ricorrere alla trattativa privata anche al di fuori delle ipotesi contemplate nel R.D., per effettuare acquisizioni di beni o servizi inferiori a determinati importi contrattuali variabili da una Regione all'altra<sup>(23)</sup>. In tutti i casi in cui viene ammessa la trattativa privata le normative regionali operano un rinvio alle norme in tema di capacità a trattare con le pubbliche amministrazioni<sup>(24)</sup>, inoltre, conformemente ai principi generali, non sono previste particolari formalità per lo svolgimento delle medesime<sup>(25)</sup>.

Di particolare interesse si presenta il c. 2 bis dell'art. 3 della L.R. Lombardia 14.05.1997 n. 14<sup>(26)</sup>, per il quale "La trattativa privata può essere esperita con ricorso alle tecniche informative ed informatiche, ivi compreso l'uso di internet, nel rispetto dei criteri di trasparenza ed economicità dell'azione amministrativa".

### 1.4 D.Lgs. 18/8/00 n. 267

La norma fondamentale disciplinante la contrattazione negli Enti Locali è l'art. 192 del D.Lgs. 18/8/00 n. 267 ("Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali"), il quale statuisce che le modalità di scelta del contraente ammissibili devono essere quelle previste nelle "disposizioni vigenti in materia di contratti delle pubbliche amministrazioni"<sup>(27)</sup>.

Antecedentemente all'entrata in vigore del Testo Unico, l'art. 56 della L. 08.06.1990 n. 142 (recepito con modificazioni dallo stesso T.U.), rinviava invece "alle disposizioni *in materia di contratti delle amministrazioni dello Stato*". Tale norma andava coordinata con l'art. 59 che prevedeva l'obbligo per i consigli comunali e provinciali di deliberare "il regolamento per la disciplina dei contratti dell'ente entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge", nonché con l'art. 64, il quale, nel disporre l'abrogazione del "testo unico della legge comunale e provinciale approvato con regio decreto 3 marzo 1934, n. 383", sanciva la permanenza in vigore degli articoli 87 primo comma e 140 primo comma, a loro volta rinviati alle norme in tema di contratti dello Stato ("I contratti di Comuni riguardanti alienazioni, locazioni, acquisti, somministrazioni od appalti di opere devono di regola essere preceduti da pubblici incanti con le forme stabilite per i contratti dello Stato"). Nel regime pre-vigente, il rinvio contenuto nell'art. 56 c. 1 lett. c) della L. n. 142/90, aveva pertanto indotto la dottrina ad affermare che "Questa lettera c)

estrapola un principio di carattere generale: le modalità di scelta sono quelle dello Stato e, quindi, si deduce che nel regolamento dei contratti non è consentito di derogare alle modalità di scelta del contraente rispetto a quelle stabilite per l'apparato statale”(28).

Come si è visto, tale rinvio non è attualmente operante, e ciò in forza della modifica apportata dal D.Lgs. 18/8/00 n. 267, il cui articolo 274 abroga sia la L. n. 142/'90 sia il R.D. n. 383 del 1934. Sembrerebbe pertanto potersi dedurre che gli Enti Locali possano introdurre nei propri Regolamenti interni disciplinanti l'attività contrattuale, modalità di scelta del contraente non legate strettamente all'osservanza delle norme contenute nel Regolamento di Contabilità, in considerazione dell'operatività del richiamo alle disposizioni di scelta del contraente “in materia di contratti delle pubbliche amministrazioni” (e dunque non solo di quelle statali); ciò soprattutto per ciò che concerne le forme da osservarsi nelle procedure, atteso che per quanto riguarda l'individuazione delle stesse, ovviamente la scelta rimane circoscritta ai metodi tipizzati nel Regolamento di Contabilità o eventualmente in altre norme speciali.

### **1.5 D.Lgs. 19.06.1999 n. 229 art. 3 c. 1 ter**

La situazione si presenta considerevolmente diversa per gli enti del S.S.N. in quanto l'art. 3 c. 1 ter del D.Lgs. 19.06.1999 n. 229 prevede che “I contratti di fornitura di beni e servizi, il cui valore sia inferiore a quello stabilito dalla normativa comunitaria in materia, sono appaltati o contrattati direttamente secondo le norme di diritto privato indicate nell'atto aziendale<sup>(29)</sup>”. Con la presente norma si deroga espressamente a quei principi indicati nelle premesse in tema di formazione della volontà degli enti pubblici ai fini contrattuali. L'espressione “direttamente secondo le norme di diritto privato” pone infatti l'attività degli Enti al di fuori del diritto pubblico, contrariamente a quanto accade invece nella trattativa privata “tradizionale”. Ciò non esime tuttavia le Amministrazioni dal rispetto di alcuni principi generali, la cui essenza non è dissimile da quanto elaborato dalla giurisprudenza in tema di limiti alle modalità di svolgimento della trattativa privata. Ad esempio la Regione Lombardia<sup>(30)</sup>, dopo aver chiarito che in questi casi “l'attività negoziale esplicita dall'Azienda è regolata dal codice civile, ed in particolare per quanto riguarda la stipulazione del contratto e le obbligazioni è regolata dalle disposizioni contenute nel libro quarto del codice civile, Titolo I, II e III”, raccomanda l'adozione di prassi rispettose della “trasparenza e imparzialità dell'agire amministrativo”, suggerendo di svolgere “verifiche periodiche sulla capacità e affidabilità del potenziale fornitore (...) avvalendosi delle disposizioni relative alla preselezione giuridica e tecnica” e segnalando che “il diritto di accesso agli atti da parte dei cittadini è riconosciuto anche nel caso di attività esplicita da parte della p.a. attraverso strumenti di diritto privato”.

## **2. E-procurement e trattativa privata**

Alla luce dell'esame della normativa di cui sopra si desume che, in generale, a causa della dettagliata regolamentazione cui sono sottoposti i procedimenti di pubblico incanto e licitazione privata, non sono agevolmente utilizzabili nei medesimi strumenti informatici e telematici.

Il principio di libertà delle forme su cui si fonda la trattativa privata<sup>(31)</sup>, almeno fino al momento in cui l'utilizzo della firma digitale non sarà ampiamente consolidato<sup>(32)</sup>, permette invece che la stessa possa essere condotta, ad esempio, anziché con il rilascio di dichiarazioni in forma orale in sede di negoziazione, eventualmente anche mediante l'utilizzo di strumenti informatici e telematici, salva la necessità di adeguare le disposizioni regolamentari delle singole Amministrazioni che non prevedono l'utilizzo di tali procedure.

Infine si consideri che gli obblighi posti dalla giurisprudenza alle modalità di svolgimento della trattativa privata, con riferimento al rispetto della *par condicio* e della trasparenza dell'agire amministrativo<sup>(33)</sup>, sarebbero agevolmente soddisfatte dall'utilizzo di strumenti informatici e telematici, come peraltro si avrà occasione di verificare oltre esaminando alcuni casi sperimentali.

Alla luce del quadro normativo vigente, la trattativa privata è la modalità di scelta del contraente tramite la quale sono realizzabili attualmente con certezza modalità di *e-procurement*, generalmente a prescindere dal possesso di particolari infrastrutture tecnologiche; se ne esaminerà pertanto brevemente la disciplina nelle principali categorie di Amministrazioni pubbliche.

## 2.1 Nelle Amministrazioni dello Stato

Come visto nel par. n. [1.1](#), nelle Amministrazioni Statali il ricorso alla trattativa privata è limitato ai casi tassativamente indicati dal Regolamento di Contabilità<sup>(34)</sup>, e pertanto, allo stato attuale non sembra potersi ipotizzare una utilizzabilità diffusa dell'*e-procurement*.

## 2.2 Nelle Regioni

Nelle Regioni invece, come visto nel par. n. [1.3](#), la trattativa privata può esperirsi in ambiti più ampi di quelli fissati nel Regolamento di Contabilità e indipendentemente dalla sussistenza di determinate situazioni particolari.

In tali casi troveranno comunque applicazione le norme del D.P.R. 513/94 che impongono ai soggetti invitati la dimostrazione del possesso dei requisiti<sup>(35)</sup> comprovanti la capacità a contrattare con le Pubbliche Amministrazioni.

Con riferimento all'intervento legislativo della Regione Lombardia (art. 3 c. 2 bis L.R. n. 14/97) che ha espressamente disciplinato la possibilità di utilizzare le nuove strumentazioni nelle trattative private, nel rispetto dei principi generali di *par condicio* e di trasparenza, si osserva che la formulazione della norma sembrerebbe confermare quanto sostenuto fin'ora in merito alla possibilità di instaurare procedure di acquisizione utilizzando modalità innovative nelle trattative private; infatti se il legislatore avesse voluto limitare o disciplinare il ricorso a determinate forme di utilizzo degli strumenti informatici, avrebbe espressamente enunciato distinzioni fra modalità consentite e vietate; al contrario, si è limitato a dichiarare la generica ammissibilità del "ricorso alle tecniche informatiche e telematiche", ponendo invece l'accento sul doveroso rispetto dei principi generali, così come del resto deve avvenire anche nei casi in cui si utilizzano strumenti "tradizionali".

Concludendo, nelle Regioni può ipotizzarsi l'esistenza di un'area della contrattazione pubblica esperibile con modalità tecnologicamente avanzate, la quale risulta considerevolmente più estesa rispetto a quanto osservato per le Amministrazioni Statali, e ciò in virtù del maggior ambito di ricorribilità alla trattativa privata.

## 2.3 Negli Enti Locali

Alla luce di quanto detto nel par. n. [1.4](#), tenendo conto dell'art. 7 D.Lgs. 18/8/00 n. 267 in tema di potestà regolamentare<sup>(36)</sup>, si evince che gli Enti Locali, avvalendosi della stessa, potrebbero disciplinare l'utilizzabilità di strumenti informatici e telematici nelle trattative private, le quali potrebbero essere rese ammissibili anche al di fuori delle previsioni di cui al Regolamento di Contabilità, analogamente a quanto previsto nelle leggi regionali di cui sopra, tenendo pur sempre conto della necessità di procedere alla qualificazione dei concorrenti, prevista dal D.P.R. n. 513/94.

## 2.4 Negli Enti del Servizio Sanitario Nazionale

Come visto nel par. n. [1.5](#), gli Enti del S.S.N, nei casi in cui si siano muniti dell'apposito "atto aziendale", dispongono della facoltà di acquisire "direttamente secondo norme di diritto privato" beni e servizi per importi inferiori a quelli fissati nella normativa comunitaria; sembrerebbe pertanto possibile utilizzare strumenti elettronici anche al di fuori dei casi di ricorso alla trattativa privata.

Una tra le conseguenze più rilevanti dell'applicazione del codice civile in luogo delle leggi speciali in materia di scelta del contraente, riguarda la possibilità di prescindere dalle procedure di qualificazione dei soggetti offerenti così come ivi disciplinate. La necessità di acquisire da parte degli offerenti una serie di dichiarazioni sostitutive di certificazioni o di atto notorio, costituisce indubbiamente un ostacolo considerevole per l'*e-procurement*, almeno fino a quando l'utilizzo della firma digitale non sarà ampiamente diffuso. L'opportunità offerta agli Enti del S.S.N. di prescindere da tali adempimenti sembra quindi consentire loro di procedere più speditamente nella sperimentazione dei nuovi modelli di acquisto. Ovviamente occorrerà tenere sempre presente che l'assenza di specifiche prescrizioni legislative in merito, se da un lato consente alle stazioni appaltanti di svincolarsi dall'osservanza di determinate procedure, non può consentire loro di ignorare i principi fondamentali in tema di evidenza pubblica; occorrerà pertanto verificare periodicamente la capacità di contrattare in capo ai soggetti offerenti, nonché a comparare, dandone atto, i prezzi praticati dai fornitori con quelli di mercato, accertandone l'effettiva convenienza.

## 3. Modelli sperimentali di *e-procurement*

### 3.1 Il Comune di Siena

Il Comune di Siena, avvalendosi delle facoltà sopra evidenziate, ha adottato un apposito Regolamento per disciplinare le trattative private "sotto soglia", prevedendo che le stesse si svolgano mediante "gare on line"<sup>(37)</sup>.

Il sistema consta di alcuni passaggi, che in estrema sintesi possono essere riassunti come segue:

- acquisizione e installazione di un software, la cui gestione è effettuata direttamente dall'Ente Locale;
- indizione della gara mediante pubblicazione sul sito internet di un avviso;

- comunicazione automatica degli estremi delle procedure di gara alle Imprese già iscritte all'Albo fornitori del Comune;
- ricezione delle richieste di registrazione da parte delle Imprese non ancora iscritte all'Albo fornitori;
- registrazione degli aspiranti concorrenti, previo invio di una mail da parte del Comune di Siena da restituirsì sottoscritta, con firma digitale o su supporto cartaceo, contenente le dichiarazioni rilasciate dai soggetti interessati con le quali si dà atto del possesso di tutti i requisiti necessari a contrattare con una p.a. (c.d. pre-qualificazione);
- assegnazione ad ogni concorrente di username e password;
- invio, a partire da un determinato momento, delle offerte on-line, le quali potranno essere segrete (e venire "aperte" allo scadere del termine indicato nel bando di gara), oppure "al ribasso", permettendo di individuare solo il valore delle stesse e non il concorrente che le ha formulate; in tale ipotesi ne è sempre consentita la riformulazione fino alla scadenza del termine. Nei casi in cui si renda necessario, è previsto che l'aggiudicazione avverrà a favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa;
- aggiudicazione, previa conferma con firma digitale o per iscritto, delle offerte formulate.

### 3.2 Delega a terzi della gestione di procedure di e-procurement

Nel caso sopra visto la stazione appaltante bandisce direttamente le procedure di acquisto, che sostanzialmente non differiscono da quelle tradizionali, se non per l'utilizzo degli strumenti informatici.

Nei casi di cui al presente paragrafo invece l'Ente Pubblico delega un soggetto terzo ad effettuare una serie di attività, avvalendosi a tal fine anche di strumenti informatici, onde consentire di individuare i migliori offerenti con riferimento a un determinato prodotto.

Nella prassi, in relazione all'oggetto dell'incarico, si possono distinguere due diverse tipologie di delega, a seconda che questa riguardi l'espletamento in senso lato di servizi qualificabili di collaborazione amministrativa e finalizzati precipuamente all'individuazione delle migliori condizioni offerte dal mercato, o in alternativa, risulti circoscritto all'effettuazione di vere e proprie "gare on line", gestite su di un sito "terzo", su incarico di una stazione appaltante e alle quali partecipano le Imprese registrate presso il medesimo.

Ovviamente, per quanto detto nel Capitolo 2, tali modalità di acquisizione possono essere intraprese solo da Enti del Servizio Sanitario Nazionale.

### 3.3 L'Azienda U.S.L. di Modena

L'Azienda Unità Sanitaria Locale di Modena ha recentemente bandito alcune procedure per l'acquisizione di forniture per importi inferiori a quelli previsti dalle soglie comunitarie, nelle quali tutti gli atti di gara vengono compiuti elettronicamente, in virtù dell'utilizzo della firma digitale da parte della stazione appaltante e dei concorrenti<sup>(38)</sup>.

Si tratta di un modello abbastanza simile a quello sperimentato dal Comune di Siena, in quanto la procedura non differisce sostanzialmente dalle modalità tradizionali se non per l'utilizzo

della firma digitale, il cui possesso costituisce una *condicio sine qua non* per la partecipazione alle gare, non essendo prevista la possibilità di produrre alcuni documenti su formato cartaceo, come invece visto nel paragrafo n. [3.1](#).

### 3.4 I Market Place

Sono dei "grandi magazzini virtuali", in cui sono presenti cataloghi relativi ai prodotti offerti con indicazione dei relativi prezzi; i database presenti sul sito consentono di effettuare ricerche per tipologie e prezzi.

Possono consistere semplicemente nella prestazione di un servizio volto a favorire il "collegamento" fra Enti Pubblici e Imprese, o gestire in propri magazzini i prodotti offerti, provvedendo all'evasione degli ordini e alle consegne.

Gli Enti, previa registrazione presso il sito, potranno effettuare direttamente "on-line" gli ordini, i quali, in attesa di una più ampia diffusione della firma digitale, saranno confermati per iscritto.

Tra tutti i casi esaminati nei paragrafi precedenti, questo è quello che più si avvicina maggiormente agli schemi privatistici, mancando una vera e propria formalizzazione del procedimento di acquisizione, sia con riferimento alla messa in competizione degli offerenti, sia con riferimento alla loro qualificazione, e pertanto, il ricorso a tali procedure è ammissibile solo per gli Enti appartenenti al S.S.N.

### 3.5. Altri esempi: nei settori esclusi

Anche nell'ambito dei c.d. settori esclusi(39) non sono mancate le iniziative innovative in tema di *e-procurement*; sia Trenitalia S.p.a. che Enel S.p.a. hanno adottato modelli simili a quelli descritti nel par. [3.1](#).

In particolare, l'Unità Tecnologie Materiale Rotabile (UTMR) di Trenitalia S.p.a., utilizzando un apposito software, ha instaurato una procedura negoziata senza previa pubblicazione di alcun bando di gara, la cui partecipazione era rivolta unicamente alle imprese iscritte al Sistema di Qualificazione istituito dalla stessa UTMR ai sensi dell'art. 15 del D.Lgs. n. 158/95, con l'aggiudicazione al massimo ribasso. In luogo della firma digitale, in virtù della preventiva qualificazione operata all'atto dell'iscrizione nel Sistema, si è prevista l'assegnazione di User-ID e password ad ogni concorrente per il compimento degli atti di gara(40).

Anche l'Enel S.p.a ha realizzato un sistema di acquisizioni, dal punto di vista concettuale molto simile a quello sopra descritto, consentendo inoltre la possibilità di partecipazione anche ai fornitori non iscritti e prevedendo, oltre all'offerta segreta, ulteriori modalità di svolgimento della gara; inoltre i partecipanti, significativamente denominati "aderenti", si impegnano ad accettare le modalità di svolgimento delle gare come disciplinate dal Regolamento stesso(41).

## 4. Considerazione conclusive

### 4.1 Ammissibilità dell'*e-procurement*

Con il presente contributo si è cercato di individuare le norme che sembrerebbero consentire il ricorso alle nuove modalità di acquisizione di beni e servizi per importi inferiori a quelli fissati dalle soglie comunitarie da parte delle stazioni appaltanti, analizzando successivamente nel dettaglio alcune di queste esperienze innovative.

Complessivamente si ritiene che il raffronto fra il quadro normativo e i progetti di *e-procurement* descritti nel capitolo precedente, consenta di ricomprendere questi ultimi fra le facoltà di cui le stazioni appaltanti possono disporre per effettuare le procedure di acquisizione.

Si aggiunge inoltre che, a prescindere dagli eventuali risparmi realizzabili dalle pp.aa, analizzando tali nuovi sistemi esclusivamente in termini di legittimità, spesso i livelli di trasparenza garantiti siano pari se non superiori a quelli riscontrati utilizzando le strumentazioni tradizionali.

Ad esempio, la consultazione dei *database* posti su alcuni siti, consentendo in pochi istanti il raffronto di un grande numero di offerte selezionate in base a criteri determinati, consentirà alle stazioni appaltanti di effettuare valutazioni di mercato e scelte di acquisto conseguenti, supportate da informazioni particolarmente precise, e tali da porre l'operato delle pp.aa. al riparo da possibili sospetti di favoritismo; analogamente, nelle aste in cui i concorrenti potranno vedere in tempo reale le offerte formulate, senza peraltro conoscere i nominativi dei soggetti che le hanno effettuate, sarà sicuramente più difficoltosa l'adozione di quegli accordi non scritti fra alcuni gruppi di imprenditori, che talvolta influenzano non positivamente le procedure d'appalto.

## 4.2 Criticità dell'*e-procurement*

### 4.2.1 Sistematica adozione della trattativa privata

Come si è visto nel Capitolo 2, alla luce dell'attuale quadro normativo, la modalità di scelta del contraente che maggiormente si adatta all'*e-procurement* è la trattativa privata.

Tuttavia, con riferimento alle modalità di espletamento delle gare come descritte ad esempio nei par. 3.1, 3.3 e 3.5 si rileva che, l'*iter* previsto per l'espletamento delle stesse, le avvicina maggiormente ai pubblici incanti che non alle procedure ristrette. Come si è visto, ad esempio nel caso del Comune di Siena e in quello dell'Enel, la partecipazione è di fatto aperta a tutti gli offerenti, necessitando la procedura semplicemente di un ulteriore passaggio rispetto a quanto avviene tradizionalmente, cioè della registrazione dei concorrenti, la quale consiste in un adempimento tecnico, non implicante l'utilizzo di alcun potere discrezionale in capo alla p.a. circa l'opportunità di ammetterne taluni e di escluderne altri. Infatti, le esigenze tecniche comportanti la necessità di procedere ad una preventiva registrazione dei concorrenti, onde assegnare loro uno strumento identificativo e una password che gli consenta di interagire con il sistema in condizioni di sicurezza, non comportano, almeno in alcuni casi, la necessità verificare il possesso di particolari strumentazioni tecniche.

Si osservi inoltre che la giurisprudenza, con riferimento all'individuazione della normativa applicabile alle procedure esperite mediante trattativa privata, ha attribuito maggior rilievo alle modalità di svolgimento delle stesse anziché al mero *nomen iuris* adottato dalla stazione appaltante<sup>(42)</sup>.

Sembrerebbero pertanto parzialmente superabili alcune legittime preoccupazioni dettate dalle possibili proliferazioni di trattative private conseguenti l'utilizzo di modelli di *e-procurement*<sup>(43)</sup>.

### 4.2.2 Contrasto con il principio di legalità dell'azione amministrativa

Come noto, in base ai principi generali, l'azione amministrativa deve svolgersi conformemente a quanto dettato dalle disposizioni normative che ne disciplinano l'attività.

Alla luce di quanto osservato nei precedenti Capitoli, si rende necessario per le pp.aa. adeguare le proprie disposizioni regolamentari<sup>(44)</sup> alle nuove modalità di acquisizione, disciplinando dettagliatamente l'azione amministrativa anche con riferimento a tali nuove procedure, consentendo così, da un lato, l'adeguata conoscenza delle disposizioni disciplinanti un settore fondamentale dei rapporti fra p.a. e imprese fornitrici, e dall'altro, la verifica del rispetto circa la legittimità degli atti adottati<sup>(45)</sup>.

#### 4.2.3 Rispetto della par condicio

Gli obblighi inerenti il rispetto della *par condicio* fra i concorrenti incombono sulle stazioni appaltanti anche nei casi in cui queste adottino modelli di *e-procurement*; tuttavia non sempre le modalità di espletamento delle gare sopra viste si adeguano integralmente a tali prescrizioni.

Ci si riferisce in particolare a quei casi in cui la partecipazione alle gare è subordinata al possesso di determinate infrastrutture tecnologiche; infatti, nonostante l'integrale svolgimento delle procedure con strumentazioni informatiche possa corrispondere a interessi più che apprezzabili delle stazioni appaltanti, l'esigenza di favorire la massima partecipazione dovrebbe sempre essere prevalente, consigliando la previsione di modalità di accesso ai sistemi informatici anche da parte di coloro non dotati di determinati apparati tecnologici<sup>(46)</sup>.

#### 4.2.4 Rispetto del principio di trasparenza

Analogamente a quanto detto a proposito del rispetto della *par condicio*, anche il principio della trasparenza deve permeare le procedure di *e-procurement*.

Tale esigenza appare avvertirsi maggiormente in quei casi in cui manca una vera e propria "gara" fra più offerenti, come accade nel caso dei *market place*; occorrerà pertanto, negli atti istruttori e approvativi del procedimento di acquisizione, documentare congruamente l'*iter* decisionale che ha condotto a privilegiare le scelte effettuate, essendo quindi indispensabile comparare preliminarmente le offerte di una pluralità di fornitori, eventualmente attraverso la consultazione di più siti che offrono servizi analoghi.

(1) Come noto, le procedure c.d. di rilievo comunitario riguardano l'affidamento di appalti di importo superiore ai 200.000 euro di forniture e servizi, sono disciplinate dalle Direttive 92/50/CEE in materia di servizi e 93/36/CEE per le forniture (successivamente modificate dalla Direttiva 97/52/CE), recepite nell'ordinamento italiano, rispettivamente, dal D.Lgs. 17.03.1995 n. 157, modificato dal D.Lgs. 25.02.2000 n. 65, e dal D.Lgs. 24.07.1992 n. 358, modificato dal D.Lgs. 20.10.1998 n. 402. La loro applicabilità, da un punto di vista soggettivo, è riferita alle pubbliche amministrazioni e ai soggetti indicati, rispettivamente, nell'art. 2 e nell'art. 2 c. 3. L'art. 74 disciplina la modalità di svolgimento che oggi appare più singolare, quella "col metodo della estinzione di candela vergine"; "se ne devono accendere tre, una dopo l'altra: se la terza si estingue senza che siano fatte offerte, l'incanto è dichiarato deserto. Se invece nell'ardere di una delle tre candele si siano avute offerte, si dovrà accendere la quarta e si proseguirà ad accenderne delle altre sino a che si avranno offerte. Quando una delle candele accese dopo le prime tre, come sopra è prescritto, si estingue ed è consumata senza che si sia avuta alcuna offerta durante tutto il tempo nel quale rimane accesa, e circostanze accidentali non abbiano interrotto il corso dell'asta, ha effetto l'aggiudicazione a favore dell'ultimo migliore offerente". L'art. 75 disciplina il metodo di aggiudicazione basato sulle offerte segrete, sicuramente più diffuso di quello sopra visto, la cui precisione nella descrizione dei singoli adempimenti non lascia tuttavia spazi all'utilizzo di strumentazioni che non siano quelle di tipo tradizionale "La scheda viene deposta dall'autorità che presiede l'asta, alla presenza del pubblico, sul banco degli incanti, all'apertura dell'adunanza e deve restare sigillata sin dopo aperte e lette le offerte dei concorrenti.

Le offerte unitamente con la prova dell'eseguito depositato, possono essere mandate all'ufficio che tiene l'asta, a rischio dei concorrenti, per mezzo della posta o di terze persone, quando ciò non sia inibito dall'amministrazione nell'avviso d'asta: ma tali offerte per essere valide devono pervenire in piego sigillato non più tardi del giorno precedente a quello in cui si tiene l'asta (...). Aperta l'asta, il presidente, dopo deposta la scheda segreta, enumera e depone sul banco senza aprirle, le buste contenenti le offerte già pervenute in uno dei modi di cui ai commi precedenti e invita gli astanti a presentare le loro offerte".

Considerazioni analoghe possono essere espresse con riferimento a quanto disposto dall'art. 79 nel caso di "aste a mezzo di pubblico banditore", in base al quale "la gara è a viva voce, e dura fintantoché il presidente dell'asta non fa dare il segnale di aggiudicazione dal banditore."

(6) V. art. 89 R.D. 23.05.1924 n. 827 "Si procede alla licitazione privata: a) invitando per mezzo di avvisi particolari persone o ditte ritenute idonee per l'oggetto della licitazione, a comparire in luogo, giorno ed ora determinata, per presentare le loro offerte; b) mediante l'invio, alle persone che si presumono idonee per l'oggetto della licitazione, di uno schema di atto in cui sia descritto l'oggetto dell'appalto e le condizioni generali e speciali, con invito di restituirlo munito della propria firma e colla offerta del prezzo pel quale sarebbero disposte ad eseguire l'appalto o con la indicazione del miglioramento sul prezzo base, se questo sia stato stabilito dall'amministrazione. Nel primo caso gli invitati presentano le loro offerte a voce se la licitazione dev'essere verbale, o per iscritto se ad offerte segrete.

Se altrimenti non sia stato indicato negli avvisi, l'autorità delegata, dopo invitati ancora i concorrenti a fare una nuova offerta a miglioramento di quella più vantaggiosa presentata, aggiudica l'impresa, seduta stante, al migliore offerente.

Nel secondo caso l'autorità che deve aggiudicare l'appalto, in un giorno ed ora da indicarsi alle persone state invitate a concorrere, procede in pubblica seduta all'apertura delle obbligazioni ricevute, e delibera la provvista od il lavoro al migliore offerente, stendendo verbale di deliberamento dal quale risultino le ditte invitate a concorrere, le offerte ricevute e l'esito della licitazione.

Tale verbale deve essere corredato anche di copia delle obbligazioni ricevute dalle ditte concorrenti e non rimaste deliberatarie.

Sono applicabili alle licitazioni private le norme sancite dagli artt. 67, 68, 69, 72, 75, 76, 77 e 83.

Se la licitazione privata è fatta col metodo delle offerte segrete di cui all'art. 73, lettera b), ciò deve essere dichiarato nell'invito.

Sono ammesse le offerte per procura, ma non quelle per persona da nominare."

(2) Esula pertanto dal presente contributo l'analisi delle acquisizioni effettuate avvalendosi delle convenzioni quadro stipulate dalla società Concessionaria Servizi Informatici Pubblici S.p.a. (CONSIP) del Ministero del Tesoro, trattandosi di procedimenti nei quali le singole Pubbliche Amministrazioni non pongono in essere alcuna procedura finalizzata all'espletamento di una gara d'appalto, in quanto la stessa è stata precedentemente bandita dalla Società Concessionaria.

(3) Per il pubblico incanto V. art. 3 c. 2 R.D. 18.11.1923 n. 2440; le fattispecie in cui è ammissibile la licitazione privata sono indicate negli articoli 38 e 39 R.D. 23.05.1924 n. 827, per l'appalto concorso si veda invece l'art. 40.

(4) Ai sensi dell'art. 41 R.D. 23.05.1924 n. 827 "Si procede alla stipulazione dei contratti a trattativa privata: 1) Quando gl'incanti e le licitazioni siano andate deserte o si abbiano fondate prove per ritenere che ove si sperimentassero andrebbero deserte; 2) Per l'acquisto di cose la cui produzione è garantita da privativa industriale, o per la cui natura non è possibile promuovere il concorso di pubbliche offerte; 3) Quando trattasi di acquisto di macchine, strumenti od oggetti di precisione che una sola ditta può fornire con i requisiti tecnici e il grado di perfezione richiesti; 4) Quando si debbano prendere in affitto locali destinati a servizi governativi; 5) Quando l'urgenza dei lavori, acquisti, trasporti e forniture sia tale da non consentire l'indugio degli incanti o della licitazione; 6) E' in genere in ogni altro caso in cui ricorrono speciali ed eccezionali circostanze per le quali non possano essere utilmente seguite le forme degli artt. da 37 a 40 del presente regolamento".

(5) V. con riferimento alle "forme degli incanti" l'art. 73 "L'asta, secondo che le circostanze, l'importanza o la qualità del contratto lo facciano reputare più vantaggioso per l'amministrazione, e sia stato disposto dal ministro competente o dall'ufficiale delegato, si tiene in uno dei seguenti modi: a) col metodo di estinzione di candela vergine; b) per mezzo di offerte segrete da confrontarsi poi col prezzo massimo o minimo prestabilito e indicato in una scheda segreta dell'amministrazione; c) per mezzo di offerte segrete da confrontarsi poi col prezzo base indicato nell'avviso d'asta; d) col mezzo di pubblico banditore, quando trattasi di alienare beni mobili fuori d'uso o derrate, cavalli di rimonta, residui di fabbricazioni o di costruzioni o di manufatti negli opifici dello Stato".

(7) In aggiunta a tali norme, ai sensi dell'art. 45 R.D. 23.05.1924 n. 827, anche "i capitoli generali d'onere contengono le condizioni che possono applicarsi indistintamente ad un determinato genere (...) di appalto e le forme da seguirsi nelle gara". Si tratta dei Capitolati Generali dello Stato, i quali, in virtù del contenuto regolamentare, hanno natura normativa CERULLI IRELLI "Corso di diritto amministrativo", Giappichelli, 654.

(8) V. art. 92 R.D. 23.05.1924 n. 827.

(9) Il principio è comunemente accettato e risalente anche in termini di principi generali; ad esempio S.A. ROMANO osserva che "la caratteristica che differenzia l'asta e la licitazione dalla trattativa privata, non è la previsione della "gara", nel senso di messa in competizione di più offerenti, bensì la sua formalizzazione e soprattutto, l'automaticità della scelta, che appunto si attua mediante il procedimento di aggiudicazione".

Anche la giurisprudenza si esprime negli stessi termini; Tribunale amministrativo regionale Veneto, sez. I, 17 febbraio 1998, n. 212, "Il ricorso alla trattativa privata, preceduta da una gara informale preliminare, autolimita l'amministrazione e le impedisce di accordare liberamente la preferenza all'una o all'altra tra le offerte presentate, al di fuori degli esiti della gara informale, cioè delle regole alle quali l'amministrazione stessa si è auto vincolata. Ciò detto non modifica, però, i caratteri tipici della trattativa privata per cui l'amministrazione resta libera di procedere ad una ulteriore trattativa con la ditta risultata più idonea a seguito della gara informale al fine di conseguire un risultato complessivo ancora più conveniente"; nello stesso senso V. C.S. sez. V, 12.12.1992, n. 1270.

(10) V. Tribunale amministrativo regionale Toscana, sez. I, 20 luglio 1999, n. 708 "Il carattere di informalità che connota il procedimento di trattativa privata - e che lo distingue dalle procedure più formalizzate come l'asta pubblica o la licitazione privata - non comporta che l'amministrazione appaltante possa prescindere dall'assicurare la garanzia della par condicio fra i concorrenti alla gara ufficiosa che sia stata, eventualmente espletata. In particolare, in caso di trattativa privata multipla, è illegittimo il comportamento della p.a. diretta a chiedere il miglioramento dell'offerta ad uno solo dei partecipanti alla gara esplorativa, facoltà ammissibile soltanto a conclusione del procedimento selettivo."

(11) V. T.A.R. Lazio, sez. II, 28 settembre 1998, n. 1465 "E' illegittima la gara informale d'appalto del servizio di tesoreria nella quale i partecipanti sono stati fatti uscire al momento dell'apertura delle buste contenenti le offerte. E' infatti palese la violazione dell'obbligo di pubblicità preteso dalla legge e affermato dalla giurisprudenza per ovvi motivi di garanzia e di trasparenza delle operazioni."

(12) V. art. 3 c. 3 R.D. 18.11.1923 n. 2440 e art. 68 c. 1 R.D. 23.05.1924 n. 827.

(13) Con riferimento all'applicabilità del Regolamento di Contabilità, V. ad esempio T.A.R. Sicilia sez. I, Palermo, 11 gennaio 1995, n. 7, in Foro amm. 1995, 1728, per la quale "Il divieto di divisione artificiosa dei lavori o delle forniture che formino sostanzialmente parte di una sola impresa, divieto previsto dall'art. 19 comma 4, r.d. 18 novembre 1923 n. 2440 e ribadito dal regolamento di cui al r.d. 23 maggio 1924 n. 827 (...) non trova applicazione per il caso di contratti di enti locali, non soggetti al parere del Consiglio di Stato né al controllo preventivo della Corte dei Conti."

Circa l'applicabilità dei principi contenuti nel Regolamento di Contabilità, con riferimento alle disposizioni dettate in tema di approvazione del contratto, V. C. Conti reg. Friuli V.G. sez. contr., 25 luglio 1995, n. 4 in Riv. corte conti 1995, fasc. 4, 20 "Ai sensi dell'art. 19 della legge di

contabilità generale dello Stato (r.d. n. 2440 del 1923), e degli art. 36 e 117 del relativo regolamento (r.d. n. 833 del 1924), i contratti stipulati da una p.a. possono essere eseguiti dopo l'intervenuta approvazione da parte del funzionario competente, in quanto l'approvazione costituisce un imprescindibile momento di controllo sulla legittimità della procedura seguita per la stipula e sull'operato quindi dei funzionari dell'amministrazione, pertanto non conforme a legge l'approvazione di una convenzione tra la regione autonoma Friuli Venezia Giulia ed un società specializzata, per la realizzazione di un progetto pilota di assistenza all'impresa, allorché tale convenzione sia stata non solo approvata ma anche stipulata successivamente all'inizio delle relative prestazioni".

(14) V. art. 1 c. 1 D.P.R. 18/4/94 n. 573.

(15) Il c. 4 dell'art. 1 D.P.R. 18/4/94 n.573, rinvia a "tutte le pubbliche amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1 c. 2 del D.Lgs. 03.02.1993 n. 29, nonché le istituzioni di cui all'art. 4 c. 1 della L. 24.12.1993 n. 537".

(16) V. Corte Conti sez. contr., 28 maggio 1996, n. 80, in Riv. Corte Conti 1996, fasc. 3, 4 e in Cons. Stato 1996, II, 1757, "Per quanto attiene all'aggiudicazione di pubblici appalti non ricompresi nell'ambito di applicazione della normativa comunitaria e' tuttora applicabile il metodo previsto dall'art. 73 r.d. n. 827/1924 (scheda segreta contenente il limite di massimo ribasso che i concorrenti non possono superare), in quanto il D.P.R. n. 573/1994 che contiene la disciplina ultima della materia non ha espressamente escluso il ricorso a tale tipo di procedura, e non avendo diretta incidenza sulla fattispecie, la l. n. 241 del 1990, che ha stabilito un generale e tendenziale principi di trasparenza dell'azione amministrativa, ma non ha abrogato, neppure implicitamente, la citata norma del regolamento di contabilità generale; e', pertanto, legittimo il decreto approvativo di un contratto di fornitura aggiudicato dal Ministero della difesa utilizzando il predetto metodo".

(17) In particolare il rinvio al D.Lgs. 24.07.1992 n. 358, opera con riferimento agli articolo 11 (in materia di requisiti generali), 12 (iscrizione dei concorrenti nei registri professionali), 13 (capacità finanziaria ed economica dei concorrenti) e 14 (capacità tecnica dei concorrenti); si tratta dell'insieme di norme che consentono alle stazioni appaltanti di operare la c.d. pre-qualificazione dei partecipanti, ammettendo alle fasi ulteriori delle procedure solo coloro che posseggono i requisiti generali e speciali prescritti.

(18) Si noti che l'art. 11 c. 1 del D.Lgs. 24.07.1992 n. 358, nel disciplinare il rapporto con le cause di esclusione di cui al Regolamento Generale, espressamente stabilisce la prevalenza delle disposizioni in esso contenute "indipendentemente da quanto previsto dall'articolo 3 ultimo comma del R.D. 18.11.1923 n. 2440, e dall'articolo 68 del relativo regolamento di esecuzione, approvato con R.D. 23.05.1924 n. 827".

(19) Tuttavia, se questa è la regola, non mancano le eccezioni, ad esempio l'art. 1 della L.R. Emilia Romagna 25/2/00 n. 9 prescrive l'applicabilità della stessa agli "enti ed aziende da essa dipendenti, con esclusione delle Aziende sanitarie locali", mentre, al contrario l'art. 3 della L.R. Marche 5/11/92 n. 49 estende la sfera della sua operatività, tra gli altri, anche alle "province, i comuni e le comunità montane, i loro consorzi e forme associative".

(20) Ad esempio la L.R. Marche 5/11/92 n. 49 "Norme sui procedimenti contrattuali regionali", all'art. 1 c. 1 richiama i "principi contenuti nelle leggi dello Stato e nella normativa comunitaria recepita o comunque vigente nell'ordinamento giuridico nazionale".

(21) V. art. 1 c. 2 L.R. Liguria 6/4/99 n. 12 art.1 "Ai procedimenti contrattuali di cui al comma 1, per quanto non espressamente previsto dalla presente legge, si applicano le norme vigenti nell'ordinamento nazionale". (22) V. art. 2 c. 1 L.R. Lombardia 19.05.1997 n. 14 per il quale ai contratti "che danno luogo ad entrate (...) si applicano le norme contenute nel titolo II, capo III, sezione I, del R.D. 23 maggio 1924 n. 827", mentre "I contratti di appalto di fornitura di beni o di appalto di servizi sono regolati dalle disposizioni della presente legge", nella quale (art. 4) sono richiamate le norme comunitarie disciplinanti la materia.

(23) Ad esempio; 200.000 di euro in Lombardia, 100.000 euro in Emilia Romagna, 100 milioni di lire in Liguria e 80 milioni di lire nelle Marche; ex art. 3 c. 2 L.R. Lombardia 19/5/97 n.14, art. 15 c. 4 lett. c) L.R. Emilia Romagna 25/2/00 n. 9, art. 3 c. 3 lett. a) L.R. Liguria 6/4/99 n. 12, art. 2 c.1 L.R. Marche 5/11/92 n. 49.

(24) V. art. 4 c. 2 e art. 5 c. 2 L.R. Lombardia 19/5/97 n.14, che rinviano espressamente "alle disposizioni contenute nel D.P.R. 18 aprile 1994, n. 573", art. 17 c. 2 e 3 L.R. Emilia Romagna 25/2/00 n. 9 , per il quale "I soggetti che si trovino in una delle situazioni previste, rispettivamente dall'art. 20 della Dir. 93/36 Cee e dall'art. 29 della Dir. 92/50 Cee sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di cui all'art. 14 (ossia anche dalle trattative private n.d.r.) e cancellati dall'elenco dei fornitori. Possono altresì essere esclusi i soggetti che abbiano commesso gravi inadempienze contrattuali nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice, nel corso dei tre anni precedenti l'avvio della procedura", art. 1 c. 2 L.R. Liguria 6/4/99 n.12 2 "Ai procedimenti contrattuali di cui al comma 1, per quanto non espressamente previsto dalla presente legge, si applicano le norme vigenti nell'ordinamento nazionale", art. 17 c.1 L.R. Marche 5/11/92 n.49 1 "Per le cause di esclusione da ogni forma di contrattazione con l'amministrazione aggiudicatrice, si applica quanto previsto dall'articolo 24, comma 1, della direttiva 93/37/CEE".

(25) Se si esclude l'art. 16 c. 1 L.R. Lombardia 19/5/97 n.14, per il quale "le offerte presentate dai soggetti invitati alla trattativa sono esaminate, una per una separatamente, in unica seduta pubblica, e può, contestualmente, essere indetta una gara migliorativa di rilancio", tuttavia si tratta di una norma che non è incompatibile con l'uso di strumentazioni informatiche o telematiche, anche in relazione a quello che si dirà oltre proprio con riferimento alle opportunità previste dalla stessa Legge Regionale.

(26) Aggiunto dal c. 3 art. 1 L.R. 02.02.2001 n. 3.

(27) Il testo integrale dell'articolo così recita "La stipulazione dei contratti deve essere preceduta da apposita determinazione del responsabile del procedimento di spesa indicante: a) il fine che con il contratto si intende perseguire; b) l'oggetto del contratto, la sua forma e le clausole ritenute essenziali; c) le modalità di scelta del contraente ammesse dalle disposizioni vigenti in materia di contratti delle pubbliche amministrazioni e le ragioni che ne sono alla base.

Si applicano, in ogni caso, le procedure previste dalla normativa della Unione europea recepita o comunque vigente nell'ordinamento giuridico italiano".

(28) V. A. PIEROBON "Alcune considerazioni sul regolamento dei contratti previsto nella legge di riforma delle autonomie locali", in Comuni d'Italia n. 5/93.

(29) V. art. 3 D.Lgs. 19.06.1999 n. 229, che ha introdotto il c. 1 bis all'art. 3 D.Lgs. 30.12.1992 n. 502 "L'atto aziendale individua le strutture operative dotate di autonomia gestionale o tecnico-professionale, soggette a rendicontazione analitica".

(30) V. Circolare n. 1 del 2000.

(31) V. Tribunale amministrativo regionale Piemonte, sez. II, sentenza 27 gennaio 1997, n. 65 "La trattativa privata nei pubblici appalti e' caratterizzata da ampia discrezionalità e libertà di azione della p.a. che, pur dovendo rispettare le regole fondamentali in materia di gare e soprattutto la garanzia di par condicio fra i concorrenti, opta per tale sistema proprio per essere più snella e libera nella valutazione di molteplici aspetti, anche i più diversi, delle offerte, al fine di individuare il contraente migliore".

(32) Per un ipotesi di utilizzo della firma digitale nelle procedure di appalto sopra soglia nella Rivista Internet Giust.it n. 7-8/2001, M. GATTI "Appalti pubblici sopra soglia di beni e servizi con strumenti informatici e telematici: ipotesi di utilizzo attuale e prospettive future", pag.

[http://www.giust.it/articoli/gatti\\_appalti.htm](http://www.giust.it/articoli/gatti_appalti.htm)

(33) V. note n. 10 e 11.

(34) V. nota n. 4.

(35) V. nota n. 17.

(36) "Nel rispetto dei principi fissati dalla legge e dello statuto, il comune e la provincia adottano regolamenti nelle materie di propria competenza ed in particolare per l'organizzazione e il funzionamento delle istituzioni e degli organismi di partecipazione, per il funzionamento degli organi e degli uffici e per l'esercizio delle funzioni".

(37) La regolamentazione delle procedure, unitamente ad altre informazioni inerenti le modalità di svolgimento delle stesse, sono rinvenibili presso il sito

<http://acquisti.comune.siena.it/modalita.html>.

Una descrizione del sistema di funzionamento, comprensiva di alcuni dettagli tecnici è rinvenibile presso il sito [www.pianoegov.it](http://www.pianoegov.it) "Le gare on line del Comune di Siena".

(38) Nell'atto aziendale di diritto privato di cui all'art. 3 c. 1 ter D.Lgs. n. 229/'99 si afferma che "I contratti si realizzano con l'incontro, in forma scritta o per via telematica documentata della volontà delle parti"; inoltre, "Il processo negoziale può articolarsi con libertà di forme".

(39) L'attività negoziale dei soggetti operanti nei c.d. "settori esclusi" (acqua, energia elettrica e termica, sfruttamento di area geografica e trasporti) è disciplinata dal D.Lgs. 17.03.1995 n. 158.

(40) Per la dettagliata descrizione della procedura de quo si rinvia a G. TURANO "Le problematiche normative e legali dell'e-procurement negli appalti pubblici", in *Urbanistica e Appalti*, n. 5/2001, 475.

(41) Si rinvia al sito [www.enel.it](http://www.enel.it) per la esaustiva descrizione del funzionamento del Sistema.

(42) "Quando un'Amministrazione per la scelta di un appaltatore, effettui un invito plurimo alla presentazione di offerte, del quale le imprese interessate vengano reciprocamente poste a conoscenza, si ha una gara, e non il semplice sondaggio di mercato che, ai sensi dell'art. 92 del R.D. 18.11.1924, può precedere la trattativa privata: in tal caso l'Amministrazione, ancorché abbia denominato "trattativa privata" la procedura concorsuale, è tenuta al rispetto delle regole e dei principi generali in materia di gare", C.S. Sez V sent. n. 937 del 20.08.1996; "Quando un'Amministrazione per la scelta di un appaltatore, effettui un invito plurimo alla presentazione di offerte, del quale le imprese interessate vengano reciprocamente poste a conoscenza, si ha una gara per licitazione privata, e non una semplice trattativa privata, con la conseguenza che l'Amministrazione indicente è tenuta al rispetto delle regole e dei principi generali in materia di procedure concorsuali, ivi compreso il principio che proibisce alla stazione appaltante di scostarsi, nella scelta dell'aggiudicatario, dalle regole di valutazione prefissate.", C.S. Sez V sent. n. 100 del 28.01.1997.

(43) V nella Rivista Internet Giust.it, n. 6/2001, M. GRECO "Gli approvvigionamenti di beni e servizi nelle p.a. mediante sistemi elettronici e telematici", pag.

[http://www.giust.it/articoli/greco\\_appalti.htm](http://www.giust.it/articoli/greco_appalti.htm): "Il sistema viene di fatto a configurare un inammissibile sistema generalizzato di trattative private sino alla concorrenza della soglia di rilevanza comunitaria".

(44) Come si è visto nei paragrafi 1.3 e 2.2, in luogo di atti regolamentari, molte Regioni hanno emanato specifiche leggi in materia di attività contrattuale.

(45) Tale procedura consentirebbe anche di attenuare alcune problematiche inerenti la compatibilità fra il principio di legalità dell'azione amministrativa e i nuovi modelli di e-procurement, non disciplinati da alcuna norma.

Si veda sul punto M. GRECO Op. cit. "Non si può non vedere che tale esperienza (quella effettuata dal Comune di Siena n.d.r.) ha rappresentato un'anticipazione di una forma di svolgimento dell'azione amministrativa non ancora compiutamente disciplinata dalle norme che dovrebbero sorreggerla".

(46) In questo senso anche G. TURANO, Op Cit., per il quale "Nel caso degli appalti on-line e dell'e-procurement tale principio (della par condicio n.d.r.) potrebbe essere messo in pericolo qualora fosse discriminata la partecipazione di una o più imprese per l'imposizione di una dotazione di strumentazioni informatiche particolarmente complesse e costose".

---

