

# IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI NELLA PROSPETTIVA DELL'E-PROCUREMENT

della Prof.ssa Margherita Interlandi

*Il presente saggio analizza gli strumenti di semplificazione delle procedure di appalto previste dal codice dei contratti pubblici, nell'ambito del processo di e-procurement. In particolare, si intende evidenziare la rilevanza delle procedure telematiche anche in relazione all'esigenza di arginare i fenomeni corruttivi, senza, peraltro trascurare i possibili rischi che, in via generale, implica l'utilizzo delle nuove tecnologie, rispetto alla "certezza del diritto".*

*The present essay analyzes the simplification tools of the tender procedures foreseen by the code of public contracts, within the e-procurement process. In particular, it is intended to highlight the relevance of the telematic procedures also in relation to the need to curb the corrupting phenomena, without, however, neglecting the possible risks that, in general, implies the use of new technologies, compared to "legal certainty".*

*Sommario: 1. Semplificazione, trasparenza e qualificazione: le parole "chiave" del nuovo Codice dei contratti pubblici. 2. L'E-Procurement e la digitalizzazione delle procedure ad evidenza pubblica. 3. Segue. Ulteriori e specifiche procedure telematiche di negoziazione. 3.1. Segue. La procedura telematica dell'asta elettronica 3.2. Segue. I cataloghi elettronici. 4. Considerazioni conclusive.*

## **1. Semplificazione, trasparenza e qualificazione: le parole "chiave" del nuovo Codice dei contratti pubblici.**

Il 19 aprile 2016 è entrato in vigore il Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recante "Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture", da ultimo modificato dalla legge 27 dicembre 2017, n. 205 (in vigore dal 1 gennaio 2018).

Com'è noto il decreto in oggetto è stato adottato su impulso di tre direttive europee del 2014<sup>1</sup>, le quali, tra i vari obiettivi prefissati, avevano evidenziato la necessità di rafforzare l'impiego degli strumenti informatici e telematici anche nell'ambito dell'attività

amministrativa, con il preciso scopo di garantire la più celere definizione delle procedure di approvvigionamento delle amministrazioni, e, nel contempo, di ampliare la platea degli operatori economici, che intendono partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici.

Infatti, come è noto, la semplificazione rappresenta uno degli obiettivi della riforma del Codice degli appalti<sup>2</sup>, quale presupposto

<sup>2</sup> Il concetto di semplificazione amministrativa è strettamente collegato a quello di modernizzazione amministrativa e competitività del nostro Paese, laddove quest'ultima, purtroppo, risulta ancora condizionata in negativo da regole e comportamenti della PA, che danno luogo a disfunzioni organizzative, ritardi ed inerzia delle amministrazioni, ritardi nell'adempimento delle obbligazioni pubbliche, lentezza della giustizia amministrativa. A tal proposito, per ovviare tali problematiche, si è resa indispensabile, *ex multis*, l'esigenza di una semplificazione dei procedimenti amministrativi, la quale, può essere sia il risultato della deregolamentazione, sia il risultato di una correlata riduzione dei procedimenti alle sole fasi essenziali. In tal senso, v. S. AMOROSINO, *La semplificazione amministrativa e le recenti modifiche normative alla disciplina generale del procedimento*, in *Foro amm. TAR*,

<sup>1</sup> Rispettivamente la 2014/23/UE sui contratti di concessione, la 2014/24/UE sugli appalti pubblici nei settori ordinari, e la 2014/25/UE nei settori speciali.

irrinunciabile per accelerare i tempi procedurali, ottimizzando, conseguentemente, il rapporto tra amministrazione e cittadini<sup>3</sup>.

In questa prospettiva, era emerso, ad esempio, il problema se mantenere nel Codice la lingua originale, ovvero utilizzare quella propria delle direttive, in vista del loro recepimento. Il legislatore, in armonia con il parere espresso dal Consiglio di Stato sullo schema del codice<sup>4</sup>, ha optato per mantenere il testo nella lingua originale e, soprattutto, di procedere ad uno snellimento dello stesso, prevedendo, altresì, una riduzione del numero di articoli (che da 630 articoli e 37 allegati sono stati ridotti a soli 220 articoli e 25 allegati), e l'abrogazione del regolamento attuativo, il quale dovrebbe essere sostituito da atti di cd. *soft law*. Sì che, il settore degli appalti, in un futuro prossimo, non sarà più regolamentato soltanto da disposizioni di legge o regolamenti, ma anche pronunce interpretative o linee guida, col fine di sostituire l'antecedente regolamento di esecuzione del Codice degli appalti (D.P.R. 207/2010) con i poteri di regolamentazione attribuiti

---

fasc.7-8, 2005, 2635. Tuttavia, la celerità con cui la PA intende procedere, nel processo di semplificazione, non deve interpretarsi come una necessaria riduzione di garanzie nei confronti dei privati cittadini, ma come un *modus operandi* agevolato dalla predisposizione di regole e strumenti semplici, chiari ed efficaci che si rinvergono nello sviluppo delle tecnologie informatiche, la cui applicazione deve aver luogo in tempi certi, pena la sanzione dell'amministratore inadempiente. In questo contesto, si è affermato, allora, che le nuove regole "semplificate", riguardino sia il fronte strutturale, nella misura in cui i funzionari della PA sono chiamati a rispondere in ordine al risultato dell'attività svolta, sia quello procedimentale, sollecitando l'amministrazione ad agire in modo trasparente e soprattutto in tempi brevi. In tal senso, v. M. R. SPASIANO, *La semplificazione amministrativa e la garanzia di effettività dell'esercizio del potere pubblico*, in *Foro amm.*, TAR, fasc.9, 2010, 3041

<sup>3</sup> Negli ultimi trent'anni il diritto amministrativo è stato oggetto di importanti trasformazioni, e, da ultimo, con la riforma Madia (l. 124/2015), si è inteso incrementare il grado di trasparenza, di semplicità, di efficienza, di diffusione delle nuove tecnologie e di digitalizzazione, quest'ultima, tuttavia, non facile da attuare, in ragione di una non esaustiva diffusione della cultura digitale tra i cittadini. V. A. PAJNO, *Crisi dell'amministrazione e riforme amministrative*, in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, fasc.3-4, 2017, 549 ss.

<sup>4</sup> Cons. St., sez. affari normativi-commissione speciale, 1.4.2016, n. 855.

all'ANAC<sup>5</sup>.

Si ritiene, inoltre, che il concetto di semplificazione sia strettamente correlato a quello di codificazione e decodificazione, laddove una significativa rilevanza è stata assegnata alla previsione di una transizione dal vecchio al nuovo codice<sup>6</sup>. Tuttavia, rispetto a tale ultimo profilo ha sollevato qualche perplessità la scelta di stabilire che il Codice dei contratti entrasse in vigore lo stesso giorno della sua pubblicazione, senza prevedere alcun periodo di *vacatio legis*<sup>7</sup>, ponendo, quindi, il problema di coordinare l'originaria disciplina con la nuova. Al riguardo, benché la legge delega 11/2016 avesse previsto opportune disposizioni di coordinamento per assicurare la transizione tra la previgente disciplina e la nuova, l'ANAC ha assunto l'iniziativa di emanare delle circolari "operative", allo scopo di agevolare le amministrazioni nella fase di prima applicazione delle nuove disposizioni. Infatti, numerose stazioni appaltanti avevano evidenziato all'Autorità che il nuovo Codice sarebbe stato conoscibile solo a partire dalle ore 22.00 del giorno 19 aprile 2016 (ora di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale). Pertanto, l'Autorità, sentita anche l'Avvocatura generale dello Stato, e tenendo, altresì, conto dell'esigenza di tutelare la buona fede delle stazioni appaltanti, ha previsto una diversa soluzione, con riferimento a quei bandi pubblicati nel limite tra la vecchia e la nuova di-

---

<sup>5</sup> In ordine alla vincolatività delle linee guida ANAC occorre tener conto del parere del Consiglio di Stato, n. 1767 del 2 agosto 2016. Nello specifico, il Consiglio di Stato sottolinea la non vincolatività dei provvedimenti adottati ex art. 213, comma 2, del codice, rilevando che essi «perseguono lo scopo di fornire indirizzi e istruzioni operative alle stazioni appaltanti». Viceversa, il Consiglio di Stato riconosce la vincolatività dei provvedimenti adottati dall'ANAC in ossequio a disposizioni integrative, previste in modo dettagliato nelle disposizioni del codice, evidenziando che questi «non hanno valenza normativa ma sono atti amministrativi generali appartenenti al genus degli atti di regolazione delle Autorità amministrative indipendenti, sia pure connotati in modo peculiare», precisando che, in tal caso, l'ANAC deve indicare il precetto vincolante in modo dettagliato.

<sup>6</sup> V. R. DE NICTOLIS, *Il Codice dei contratti pubblici: la semplificazione che verrà*, in *federalismi.it*, 2016.

<sup>7</sup> Ciò a differenza di quanto previsto dal vecchio Codice (d.lgs. 163/2006), laddove per la sua entrata in vigore fu previsto un periodo di 60 giorni.

sciplina, statuendo che «per i (soli) bandi o avvisi pubblicati nella giornata del 19 aprile continua ad operare il pregresso regime giuridico, mentre le disposizioni del d. lgs. 50/2016 riguarderanno i bandi e gli avvisi pubblicati a decorrere dal 20 aprile 2016»<sup>8</sup>.

Tra gli strumenti di semplificazione sicuro rilievo riveste, inoltre, anche la trasparenza, che, com'è noto, implica l'«accessibilità totale dei dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, allo scopo di tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche» (cfr. art. 1 d.lgs. 33/2016).

In particolare, con riguardo al settore degli appalti, la trasparenza, così intesa, può essere realizzata sia attraverso gli obblighi di comunicazione relativi alle procedure di gara, sia attraverso la pubblicazione delle informazioni relative ai procedimenti amministrativi sui siti web<sup>9</sup>.

Giova evidenziare che la trasparenza costituisce, inoltre, uno strumento particolarmente utile anche sotto il profilo della prevenzione della corruzione<sup>10</sup>. Ed, invero, la scelta del contraente per l'affidamento di lavori, servizi e forniture pubbliche rappresenta il momento di maggiore vulnerabilità rispetto al rischio di corruzione, ed è per tale ragione che a partire dalla l. 190/2012 (cd. legge “anticorruzione”) sono stati introdotti specifici obblighi di pubblicazione, riguardanti le informazioni relati-

ve alla struttura proponente, all'oggetto del bando, all'elenco degli operatori invitati a presentare offerte, all'aggiudicatario, all'importo di aggiudicazione, ai tempi di completamento dell'opera, servizio o fornitura; all'importo delle somme liquidate (ex art. 1, comma 32, l. 190/2012). Non solo, ma non è un caso che le funzioni di vigilanza, prima spettanti all'Autorità di vigilanza dei lavori pubblici, siano state affidate all'Autorità nazionale anticorruzione. Infatti, sulla base delle previsioni della l. 190/2012 e del d.lgs. 33/2013, come succ. mod. e integr., le amministrazioni sono tenute a trasmettere le informazioni sulle procedure di gara all'ANAC, prevedendo anche un controllo della Corte dei conti, che, in caso di inadempimento, può imporre alle stazioni appaltanti una sanzione amministrativa pecuniaria (cfr. art. 32 l. 190/2012 e art. 37 d.lgs. 33/2013).

Sempre con riferimento agli appalti pubblici, il d.lgs. 33/2013, come succ. mod. e integr., sancisce l'obbligo in capo alle amministrazioni di pubblicare «nella home page dei siti istituzionali in cui è collocata un'apposita sezione denominata Amministrazione trasparente» le informazioni relative alle procedure per l'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture, nonché, in caso di procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, la delibera a contrarre (cfr. art. 9, d.lgs. 33/2013).

Tali principi sono stati riportati anche nel nuovo Codice degli appalti, specificatamente all'art. 29 d.lgs. 50/2016<sup>11</sup>, laddove la norma, oltre a richiamare i contenuti degli obblighi prima evocati, introduce, quale ulteriore adempimento, quello di pubblicare «i resoconti della gestione finanziaria dei contratti al termine della loro esecuzione e la composizione della commissione giudicatrice e i curricula dei suoi componenti». Inoltre, la medesima norma prevede, altresì, di pubblicare le informazioni non solo sul sito web dell'amministrazione nella sezione “Amministrazione trasparente”, ma anche sul sito web del Ministero delle Infrastrutture e dei Tra-

<sup>8</sup> Cfr. il comunicato ANAC del 3 maggio 2016, relativo a “Bandi e avvisi. Indicazioni sul regime transitorio del nuovo Codice degli appalti e delle concessioni”.

<sup>9</sup> Nello specifico, l'art. 15 l. 190/2012 prevede che «la trasparenza dell'attività amministrativa, che costituisce livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti sociali e civili ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione, (...) è assicurata mediante la pubblicazione, nei siti web istituzionali delle pubbliche amministrazioni, delle informazioni relative ai procedimenti amministrativi, secondo criteri di facile accessibilità, completezza e semplicità di consultazione».

<sup>10</sup> A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in *Riv.it.dir.pubbl.com.*, fasc.5, 2015, 1127 ss..

<sup>11</sup> La disposizione in oggetto recepisce quanto stabilito dalla direttiva “appalti” 24/2014/UE, tra i quali si ricorda quello di prevenire la corruzione e l'infiltrazione della criminalità organizzata.

sporti, sulla piattaforma digitale istituita presso l'ANAC e sulle piattaforme regionali di *E-Public Procurement* interconnesse tramite cooperazione applicativa (cfr. art. 29, comma 2, d. lgs. 50/2016).

In questo contesto, particolare importanza riveste il II periodo del comma 1 dell'art. 29 d.lgs. 50/2016, laddove esplicita che «al fine di consentire l'eventuale proposizione del ricorso ai sensi dell'articolo 120 del Codice del processo amministrativo, sono altresì pubblicati, nei successivi due giorni dalla data di adozione dei relativi atti, il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni all'esito delle valutazioni dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali». Viene collegata, così, la portata del principio di trasparenza all'esperibilità delle forme di tutela giurisdizionale di cui all'art. 120 c.pa. (d. lgs. 104/2010), come modificato dall'art. 204 del d. lgs. 50/2016, che ha previsto la possibilità di impugnare dinanzi al giudice amministrativo il provvedimento di esclusione e, soprattutto, il provvedimento di ammissione delle offerte altrui. In particolare, la norma prevede che «il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del Codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11. L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale».

Pertanto, dal tenore letterale della disposizione in esame sembra potersi evincere un ulteriore profilo di semplificazione, che, tuttavia, sembra, però, attenersi ad un momento patologico della procedura di gara, essendo finalizzato a snellire il giudizio avverso l'aggiudicazione definitiva. Ed, invero, la *ratio* della disposizione in esame è quella di consolidare la fase delle ammissioni, generalmente più esposta a possibili contenziosi, in modo tale da assicurare una maggiore sta-

bilità alla fase dell'aggiudicazione.

Infine, tra le disposizioni del Codice si rinviene spesso il termine “qualificazione”<sup>12</sup>, riferito sia alle stazioni appaltanti che agli operatori economici. Nello specifico, l'art. 38 del Codice (d.lgs. 50/2016/50/2016), in termini assolutamente innovativi, disciplina il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e centrali di committenza, ove per “qualificazione” intende la «capacità di programmazione e progettazione, capacità di affidamento e capacità di verifica sull'esecuzione e controllo dell'intera procedura, ivi incluso il collaudo e la messa in opera» (art. 38, c. 3). Ne consegue, dunque, che questo strumento permette alle stazioni appaltanti di certificare la professionalità e le capacità acquisite, ma nel rispetto di determinati requisiti previsti dal precetto normativo. Infatti, il comma 1, II periodo, della disposizione in oggetto prevede che la qualificazione venga conseguita attraverso requisiti soggettivi, quali «ambiti di attività della stazione appaltante e bacino territoriale di incidenza», e requisiti oggettivi, quali «tipologia» e complessità del contratto e fascia di importo; il comma 4 del medesimo articolo, invece, individua i requisiti di base, volti ad identificare una stazione appaltante che abbia una struttura organizzativa stabile, oltre che competente e formata, nonché i requisiti premianti, tra i quali emerge, *ex multis*, in ordine al concetto di trasparenza, la «valutazione positiva dell'ANAC, in ordine all'attuazione di misure di prevenzione dei rischi di corruzione e promozione della legalità», e con riguardo all'idea di digitalizzazione, la «disponibilità di tecnologie telematiche nella gestione di procedure di gara».

Tuttavia, ad oggi, non è stato ancora attuato il decreto di cui all'art. 38, comma 2 del Codice e, di conseguenza, l'ANAC non ha potuto né emettere il provvedimento, volto a stabilire le modalità attuative del sistema di qualificazione (art. 38, comma 6), né istituire l'elenco delle Stazioni Appaltanti qualificate. Pertanto, nelle more, le stazioni appaltanti risultano essere qualificate attraverso la semplice iscrizione presso l'ANAC, secondo

<sup>12</sup> Cfr. A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, cit.

quanto disposto dall'art. 216 del Codice degli appalti, in case al quale «fino alla data di entrata in vigore del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti di cui all'articolo 38, i requisiti di qualificazione sono soddisfatti mediante l'i-scrizione all'anagrafe di cui all'articolo 33-ter del decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221».

Per quanto riguarda la qualificazione degli operatori economici, invece, l'art. 83, comma 10, d.lgs. 50/2016 prevede l'istituzione del sistema di *rating* di impresa, da applicarsi ai soli fini di qualificazione delle imprese, per il quale l'ANAC rilascia una certificazione, a seguito della valutazione dei *curricula* degli operatori. Dunque, le stazioni appaltanti, in questo modo, sono in grado di valutare le imprese in base alla loro affidabilità, ma anche in base ai comportamenti precedentemente tenuti (ad esempio, al rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti)<sup>13</sup>. Inoltre, si prevede che il *rating* di impresa debba tenere conto del *rating* di legalità rilevato dalla medesima ANAC, in collaborazione con l'Autorità Antitrust, laddove l'art. 213, comma 7, del nuovo Codice dispone che l'Autorità anticorruzione «collabora con l'Antitrust ai fini della rilevazione di comportamenti aziendali meritevoli di valutazione per l'attribuzione del *rating* di legalità» e che tale *rating* «concorre alla determinazione del *rating* di impresa».

## 2. L'E- Procurement e la digitalizzazione delle procedure ad evidenza pubblica

Nel perseguire l'obiettivo di semplificazione delle procedure di gara, il Codice dei contratti pubblici attribuisce particolare rilievo all'utilizzo degli strumenti telematici, che, a differenza della disciplina previgente, di cui al d.lgs. 163/2006, viene imposto alle amministrazioni in termini obbligatori.

Ciò in quanto, attraverso l'utilizzo delle nuove tecnologie, l'amministrazione può ridurre i costi connessi alle proprie attività, effettuando, ad esempio, la ricerca di documen-

ti in un tempo più breve, oppure avendo a disposizione gli atti di altre amministrazioni, o trasmettendo e ricevendo i dati immediatamente e in maniera sicura. Al contempo, il privato può usufruire costantemente della collaborazione della PA, potendo acquisire informazioni utili alla propria attività tramite internet, senza bisogno di accedere fisicamente agli uffici. La scelta di imporre alle pubbliche amministrazione di agire attraverso l'utilizzo di mezzi informatici rientra nell'ambito del progetto *Open Government*, in base al quale il potere pubblico deve essere esercitato in modo aperto e trasparente, favorendo una maggiore partecipazione e collaborazione dei cittadini, in modo tale da rafforzare l'efficacia dell'azione amministrativa, garantendo una cooperazione tra i livelli di governo centrale e locale e le istituzioni private<sup>14</sup>.

Inoltre, come si è detto, la digitalizzazione nel settore degli appalti ha, altresì, il pregio di costituire un utile presidio nella prevenzione di fenomeni corruttivi, garantendo legalità, velocità e tracciabilità dei procedimenti di appalto.

Nella prospettiva delineata si colloca, innanzitutto, l'art. 44 d.lgs. 50/2016, che rappresenta una disposizione programmatica, finalizzata all'attuazione dei processi di *E-Public Procurement*, volta a modernizzare ed assicurare una maggiore efficienza dei processi amministrativi. In particolare, la disposizione in esame esplicita che «entro un anno dalla data di entrata in vigore del presente codice, con decreto del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentita l'AGID, sono definite le modalità di digitalizzazione delle procedure di tutti i contratti pubblici, anche attraverso l'interconnessione per interoperabilità dei dati delle pubbliche amministrazioni».

In particolare, l'art. 44 d.lgs. 50/2016 va letto in combinato disposto con l'art. 40 d.lgs. 50/2016, il quale sancisce in capo alle centrali di committenza ed alle stazioni appaltanti

<sup>13</sup> Al riguardo, il Consiglio di Stato, nel parere n. 855/2016, ha definito tale sistema come «reputazionale».

<sup>14</sup> M.L. MADDALENA, *La digitalizzazione della vita dell'amministrazione e del processo*, in *Foro Amm.*, fasc.10, 2016, 2535 ss.

l'obbligo di avvalersi dei canali telematici ai fini della trasmissione delle informazioni nello svolgimento delle procedure di evidenza pubblica.

Tuttavia, va rilevato che, sebbene le stazioni appaltanti siano obbligate ad avvalersi dei mezzi di comunicazione elettronica, attraverso il rinvio dell'art. 40, comma 2, d.lgs. 50/2016 all'art. 90, par. 2, dir. 2014/24/UE, è stata prevista una proroga sino al 18 ottobre 2018 per l'utilizzo obbligatorio dei mezzi informatici. Anche se occorre, altresì, considerare che nella relazione di accompagnamento allo schema del nuovo Codice degli appalti è stato evidenziato come tale proroga non appaia coerente con le disposizioni del Codice dell'amministrazione digitale, nella misura in cui per le stazioni appaltanti si prevede un differimento dell'obbligo di comunicazione con mezzi elettronici al 18 ottobre 2018, laddove, invece, il Codice dell'amministrazione digitale (d.lgs. 82/2005, come succ. mod. e integr.), all'art 5-bis già prevedeva per tutte le amministrazioni pubbliche, e, quindi, anche per le stazioni appaltanti, l'utilizzo dei mezzi di comunicazione elettronica.

Questa difformità è dovuta ad una modifica del testo adottata a seguito di quanto emerso nell'ambito della Conferenza Stato Regioni, la quale ha ritenuto di avvalersi delle proroghe contenute nella direttiva europea per dare la possibilità alle stazioni appaltanti ed alle centrali di committenza di munirsi dei diversi strumenti telematici necessari per la presentazione e il ricevimento delle offerte<sup>15</sup>.

Oltre al limite di cui all'art. 40, comma 2, d.lgs. 50/2016, relativo al rinvio della digitalizzazione, emerge un ulteriore limite nell'art. 52 del codice. Tale norma, infatti, da un lato esplicita, nel primo periodo del comma 1, che nei settori ordinari e nei settori speciali tutte le comunicazioni e gli scambi di informazioni sono eseguiti utilizzando mezzi di comunicazione elettronici, mentre, dall'altro lato, al secondo periodo del medesimo comma introduce, invece, una deroga, secondo cui l'obbligo per le stazioni appaltanti di richie-

<sup>15</sup> Va precisato che le offerte possono pervenire attraverso fax, sino al mese di ottobre 2018, essendo questo il termine da cui decorre l'obbligatorietà della procedura telematica.

dere mezzi di comunicazione elettronici nella procedura di presentazione dell'offerta viene meno in determinate ipotesi, ovvero quando, ad esempio, la natura specialistica dell'appalto richieda una deroga alle procedure telematiche, oppure quando non esistano programmi in grado di gestire i formati dei file adatti a descrivere l'offerta, o, infine, quando si utilizzino formati che non possano essere gestiti da programmi generalmente disponibili<sup>16</sup>.

È evidente che si tratta di ipotesi molto ampie e poco definite, sì che è difficile, ad esempio, individuare il "motivo" per il quale la specialità dell'appalto dovrebbe richiedere una procedura non telematica, o la "ragione" per cui il file non dovrebbe essere conosciuto alla stazione appaltante, laddove è essa stessa a deciderne, di regola, il formato. Quali che siano le motivazioni, queste ipotesi di deroga sembrano, dunque, configurare degli espedienti a cui la PA potrebbe ricorrere per eludere proprio l'obbligo di utilizzare gli strumenti digitali<sup>17</sup>.

Qualche perplessità emerge, inoltre, anche rispetto al comma 4 dell'art. 52, laddove viene ad essere esplicitato che «in deroga ai commi da 1 a 3, la comunicazione orale può essere utilizzata in relazione a comunicazioni diverse da quelle relative agli elementi essenziali della procedura di appalto, purché il contenuto della comunicazione orale sia sufficientemente documentato». Si prevede, pertanto, una peculiare modalità di comunicazione orale, che non risulta conforme alla esi-

<sup>16</sup> Precisamente, le disposizioni, di cui all'art. 52 d.lgs. 50/2016, stabiliscono che «Nei settori ordinari e nei settori speciali, tutte le comunicazioni e gli scambi di informazioni di cui al presente Codice sono eseguiti utilizzando mezzi di comunicazione elettronici in conformità con quanto disposto dal presente comma e dai commi da 2 a 9, nonché dal Codice dell'amministrazione digitale di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82. Gli strumenti e i dispositivi da utilizzare per comunicare per via elettronica, nonché le relative caratteristiche tecniche, hanno carattere non discriminatorio, sono comunemente disponibili e compatibili con i prodotti TIC generalmente in uso e non limitano l'accesso degli operatori economici alla procedura di aggiudicazione».

<sup>17</sup> S. RICCI, A. CASTROGIOVANNI, *Procurement dell'innovazione. Codice appalti, il digitale una beffa: se ne parla (forse) nel 2018*, in [www.forumpa.it](http://www.forumpa.it), 2016

genza di garantire una maggiore trasparenza nelle gare d'appalto, determinando un *vulnus* per l'accertamento della correttezza delle procedure poste in essere, anche nella prospettiva della prevenzione di possibili illeciti penali.

Sempre con riguardo alle modalità di comunicazione, appare, altresì, ambiguo il comma 10 della medesima disposizione, secondo cui «per le concessioni, fatti salvi i casi in cui l'uso dei mezzi elettronici è obbligatorio ai sensi del presente codice, le stazioni appaltanti possono scegliere uno o più dei seguenti mezzi di comunicazione per tutte le comunicazioni e gli scambi di informazioni: a) mezzi elettronici; b) posta; c) comunicazione orale, anche telefonica, per comunicazioni diverse da quelle aventi ad oggetto gli elementi essenziali di una procedura di aggiudicazione di una concessione e purché il contenuto della comunicazione orale sia sufficientemente documentato su un supporto durevole; d) la consegna a mano comprovata da un avviso di ricevimento».

Da quanto sin qui rilevato, emerge, quindi, che l'attuazione dell'art. 44 d.lgs. 50/2016 si colloca in un contesto normativo, che potrebbe ridurre la portata innovativa ed uniformatrice. E ciò, nonostante la giurisprudenza, pronunciandosi in merito al previgente art. 77 d.lgs. 163/2006 (il cui contenuto è stato sostanzialmente trasfuso nell'art. 52, comma 1, 50/2016), abbia evidenziato la natura inderogabile delle prescrizioni, che concernono l'obbligo di ricorrere a strumenti di comunicazione elettronica<sup>18</sup>.

<sup>18</sup> La giurisprudenza ha, infatti, rilevato che «benché, dunque, il comma 1 del medesimo art. 77 preveda, in via generale, che "tutte le comunicazioni e tutti gli scambi di informazioni tra stazioni appaltanti e operatori economici possono avvenire, a scelta delle stazioni appaltanti, mediante posta, mediante fax, per via elettronica", o anche per telefono o "mediante una combinazione di tali mezzi", qualora ricorra l'obbligo di operare nel rispetto delle disposizioni del Codice dell'amministrazione digitale, le comunicazioni stesse non possono che avvenire per il tramite di posta elettronica certificata" (C. St. sez. IV, 3.05.2016 n.1716). Sulla stessa linea, è stata ritenuta insufficiente la trasmissione a mezzo posta elettronica ordinaria dell'atto di soccorso istruttorio comunicato a mezzo posta elettronica ordinaria, in quanto, tale modalità di comunicazione non garantirebbe certezza in ordine al

Nondimeno, è possibile, comunque, ritenere che la progressiva dematerializzazione dell'attività amministrativa possa determinare una rivisitazione dei principi in materia di evidenza pubblica. La digitalizzazione sollecita, infatti, una interpretazione "evolutiva" anche di tutti quei principi che fino ad oggi erano considerati intangibili, in quanto vengono nuovamente plasmati sulla scorta del concreto atteggiarsi degli strumenti telematici.

Si pensi, ad esempio, al principio di pubblicità delle sedute della commissione giudicatrice, da sempre inteso quale «predicato implicito dei principi orientatori dell'azione delle amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito delle procedure di affidamento dei contratti pubblici»<sup>19</sup>. Tale principio diviene, invece, recessivo nello svolgimento delle gare secondo modalità telematiche. Si che lo svolgimento in seduta riservata delle operazioni di gara, sia per le aste elettroniche che per le procedure telematiche, sarebbe giustificato «dalla particolarità della procedure, 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; dette modalità sono idonee a soddisfare l'interesse pubblico alla trasparenza ed imparzialità che devono caratterizzare le procedure di gara pubbliche, nel rispetto dei principi di tutela della par condicio che sono tesi a tutelare i principi di pubblicità e trasparenza che governano la disciplina comunitaria e nazionale in materia di appalti pubblici»<sup>20</sup>.

### 3. Segue. Ulteriori e specifiche procedure telematiche di negoziazione.

Oltre all'obbligo di osservare le regole di

suo inoltro e recepimento. (cfr. Tar Toscana-Firenze, 26.04.2017 n. 609).

<sup>19</sup> A. GANDINO, *Sulla pubblicità delle sedute di gara: riflessioni a margine della trasparenza amministrativa nel Codice dei contratti pubblici (e non solo)*, in *Foro amm*, Tar, 4/2009, 1276.

<sup>20</sup> Cfr. C. St. sez. V, 5.12.2014, n. 6017

cui all'art. 52 d.lgs. 50/2016 per la trasmissione telematica delle offerte, il novo Codice dei contratti disciplina ulteriori e specifiche procedure telematiche.

Al riguardo, infatti, l'art. 58 d.lgs. 50/2016 prevede la possibilità in capo alle stazioni appaltanti di ricorrere a procedure di gara «interamente gestite da sistemi telematici», purché «nel rispetto dell'art. 52 e dei principi di trasparenza, semplificazione ed efficacia delle procedure». La *ratio* della gara telematica è quella di rendere l'iter più celere ed al contempo efficiente (rispetto a quello tradizionale), attraverso l'utilizzo di una piattaforma *online* di *E-Public Procurement*, nonché di mezzi di comunicazione digitali, quali la PEC, in grado di assicurare certezza e tracciabilità nello scambio di informazioni tra offerente e stazione appaltante, e la firma digitale, volata a garantire certezza ed univocità del firmatario dell'offerta.

Le procedure di gara con strumenti telematici possono essere indette dalla PA o dalle rilevanti Aziende attraverso l'utilizzo di una piattaforma di Gare Telematiche, il cui *software*, tra le tante funzionalità, ha quella di gestione di procedure interamente telematiche, o di richieste di preventivi in busta chiusa telematica, o di dialogo competitivo, o di indagini di mercato, di accordi quadro, di sistemi dinamici di acquisizione o di aste elettroniche. A sua volta, l'ente, tramite la piattaforma in esame, seleziona la tipologia di gara a cui è interessato (ad es. la procedura ristretta), inserisce il bando ed i relativi documenti inerenti alla gara, pubblica la gara, trasmettendo gli inviti, ed effettuando, eventualmente ove previsto, il rilancio delle offerte. Di contro, l'operatore economico dopo aver visualizzato il bando di gara e tutti i dati e documenti relativi, ovvero dopo aver ricevuto la lettera di invito tramite piattaforma e PEC, previa registrazione e accesso nella piattaforma nella parte "utente", inserisce nel sistema i documenti richiesti per partecipare, firmati digitalmente, e riceve conferma via PEC dell'avvenuta trasmissione. Nello specifico, nella Sezione II rubricata "*Tecniche e strumenti per gli appalti elettronici e aggregati*" si rinvengono le disposizioni relative ai procedimenti inerenti al sistema dinamico di

acquisizione (art. 55), alle aste elettroniche (art. 56), ed ai cataloghi elettronici (art. 57).

Nell'ambito dei procedimenti digitali rientra, infine, anche la disciplina di cui all'art. 55 d.lgs. 50/2016, il cd. SPADA, cioè il sistema dinamico di acquisizione della PA, che consiste in un «un procedimento interamente elettronico e aperto per tutto il periodo di efficacia a qualsiasi operatore economico che soddisfi i criteri di selezione». Tale procedura, comunemente utilizzata dalla centrale acquisti della PA (CONSIP), si articola in due principali fasi. Nella prima, CONSIP pubblica un bando istitutivo per una o più categorie merceologiche a cui i fornitori possono abilitarsi; nella seconda, le amministrazioni bandiscono appalti specifici, definendo i quantitativi e le caratteristiche specifiche dell'appalto, ed invitano tutti i partecipanti ammessi a presentare un'offerta. In particolare siffatto procedimento consente alle Stazioni Appaltanti di gestire procedure sopra soglia comunitaria, stando, quindi, particolare interesse per gli operatori economici, che attraverso l'iscrizione possono monitorare i bandi di gara pubblicati.

### **3.1. Segue. La procedura telematica dell'asta elettronica.**

Accanto alla figura della gara telematica, il Codice dei contratti disciplina anche l'asta elettronica. L'art. 56 del Codice dei contratti pubblici prevede, infatti, che, in presenza di determinate condizioni, l'aggiudicazione dei contratti di appalto possa avvenire attraverso la modalità di valutazione e selezione delle offerte dell'asta elettronica, definita come un «processo per fasi successive basato su un dispositivo elettronico di presentazione di nuovi prezzi, modificati al ribasso, o di nuovi valori riguardanti taluni elementi delle offerte, che interviene dopo una prima valutazione completa delle offerte permettendo che la loro classificazione possa essere effettuata sulla base di un trattamento automatico». Emerge, quindi, che l'asta elettronica non rappresenta una procedura di gara, bensì una modalità di aggiudicazione della gara stessa con l'ausilio del "dispositivo elettronico".

Nello specifico, la disposizione in commento recepisce gli artt. 35 della direttiva

2014/24/UE e 53 della direttiva 2014/25/UE, che, nell'ottica di avvicinare la disciplina di tali settori speciali a quella dei settori ordinari, hanno previsto il ricorso alle aste elettroniche anche per le aggiudicazioni nei c.d. "settori speciali".

Ad ogni modo, l'istituto in oggetto risulta avere natura facoltativa, come si evince dal tenore letterale della disposizione<sup>21</sup>, rappresentando, dunque, solo una fase di negoziazione telematica che può precedere l'aggiudicazione dell'appalto, peraltro, condizionata alla sussistenza di determinati presupposti.

Più precisamente, l'impiego dell'asta elettronica è espressamente escluso per gli appalti di servizi e di lavori aventi ad oggetto prestazioni intellettuali (si pensi alla progettazione di lavori), che non possono, perciò, essere classificati in base ad un trattamento automatico. Anche se il considerando n. 67 della direttiva 2014/24/UE precisa, però, che le aste elettroniche possono essere utilizzate anche in procedure d'appalto per l'acquisizione di uno specifico diritto di proprietà intellettuale. Inoltre, tale istituto è limitato alle procedure aperte, ristrette o competitive con negoziazione, o alle procedure negoziate precedute da un'indizione di gara, o in occasione del rilancio del confronto competitivo fra le parti di un accordo quadro, e per appalti da aggiudicarsi nell'ambito del sistema dinamico di acquisizione.

Inoltre, l'art. 56 del Codice dei contratti prevede che l'amministrazione possa far ricorso all'asta elettronica, indicandolo «nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse, nonché, per i settori speciali, nell'invito a presentare offerte quando per l'indizione di gara si usa un avviso sull'esistenza di un sistema di qualificazione», laddove le specifiche tecniche dell'appalto siano particolar-

mente dettagliate<sup>22</sup>. La previsione secondo cui le specifiche tecniche dell'appalto, come poc'anzi rilevato, debbano essere indicate in maniera chiara ed univoca, in ossequio ai principi di trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione, è strettamente collegata all'automatismo della valutazione delle offerte, e, soprattutto, alla necessità di esprimere l'esito della valutazione in termini strettamente numerici. Per tale ragione la disposizione di cui al comma 1, come rilevato, esclude il ricorso all'asta elettronica per quegli appalti di servizi e di lavori, che hanno per oggetto prestazioni intellettuali.

In particolare, la legge prevede che i documenti di gara annoverino «le informazioni di cui all'allegato XII», laddove è previsto che le offerte siano composte da soli valori numerici e/o percentuali. A tal proposito, è lecito desumere che sono escluse dall'ambito di applicazione dell'asta elettronica tutte quelle situazioni in cui la PA effettua valutazioni discrezionali, non riducibili, dunque, a meri valori aritmetici. Ciò troverebbe conferma nell'art. 56, comma 3, del codice, ove è stabilito che gli elementi suscettibili di essere demandati ad una valutazione in forma elettronica sono esclusivamente i prezzi, quando l'aggiudicazione avviene secondo il criterio del prezzo più basso, mentre, nel caso di aggiudicazione secondo il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo o costo/efficacia, oltre al prezzo devono essere valutati anche gli altri elementi dell'offerta, indicati negli atti di gara. La norma sottolinea, inoltre, la significativa relazione sussistente tra le specifiche dell'appalto e gli elementi suscettibili di essere valutati in forma elettronica, che, comunque, non possono mai riguardare parti dell'offerta la cui valutazione implichi l'esercizio di attività discrezionale<sup>23</sup>.

In ordine alla procedura, l'art. 56 del codice, prevede, poi, che l'asta elettronica debba essere preceduta da una fase preliminare, consistente in una prima valutazione delle offerte pervenute secondo le disposizioni indi-

<sup>21</sup>L.R. PERFETTI, (a cura di) *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2017; G. F. FERRARI, G. MORBIDELLI, *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, EGEEA, 2013, 1163; G. CARLOTTI, M. CLARICH (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, 2010, 524, *L'e-procurement pubblico*, in CARLOTTI (a cura di), *Manuale degli appalti di servizi e forniture*, Roma, 2011, 1153

<sup>22</sup> TAR Lazio Roma sez. III 12.09.2013 n. 8257; TAR Abruzzo Pescara 28.11.2012 n. 509; TAR Lazio Roma sez. II-ter 3.03.2008 n. 1972.

<sup>23</sup> TAR Sardegna 30.07.2014, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

cate nel bando o negli atti di gara, in conformità al criterio o ai criteri di aggiudicazione stabiliti e alla relativa ponderazione.

Al riguardo il Consiglio di Stato ha stabilito che una procedura di gara, la cui aggiudicazione è determinata con il sistema dell'asta elettronica, debba essere svolta dalla Commissione giudicatrice interamente in forma riservata<sup>24</sup>, e ciò in quanto, laddove vi fosse la possibilità di modificare le proprie offerte, a seguito dell'apertura delle buste, come accade nella procedura *de qua*, il confronto concorrenziale potrebbe subire una ingiusta alterazione, nell'ipotesi in cui gli offerenti fossero in grado di comunicare tra loro dopo la prima valutazione pubblica delle offerte presentate.

Va rilevato, poi, che la stazione appaltante può procedere al recepimento per via elettronica anche delle offerte preliminari, purché queste siano connotate da un certo grado di completezza<sup>25</sup>. Inoltre, solo in questa prima fase preliminare, è fatta salva la facoltà delle amministrazioni aggiudicatrici di ridurre il numero di candidati o offerenti<sup>26</sup>.

L'ammissibilità delle offerte, dunque, viene determinata non solo in relazione ai criteri stabiliti dal bando, ma anche in considerazione degli ulteriori presupposti introdotti dal Codice ai commi 6, 7, 8, 9, 10 dell'art. 56, che individuano i casi di ammissibilità, irregolarità, inaccettabilità e inadeguatezza delle offerte.

Al riguardo, occorre rilevare che la disposizione in esame non si preoccupa di classificare quelle offerte pervenute tardivamente, ovvero non leggibili a causa di anomalie nel funzionamento del sistema telematico. Siffatta problematica presuppone, invero, un delicato bilanciamento tra il principio del *favor*

*participationis* e quello della *par condicio* tra gli offerenti, al cui presidio è posta l'inderogabilità del termine di presentazione delle offerte medesime.

Sul punto, in armonia con il principio di ragionevolezza, l'amministrazione non dovrebbe decretare l'esclusione dalla procedura in tutti quei casi in cui la tempestività della trasmissione delle offerte sia addebitabile al difettoso funzionamento del sistema informatico, quand'anche non emergessero profili di colpa in capo alla stazione appaltante. Nella ipotesi di malfunzionamento non dipeso dalla condotta dell'impresa, quindi, l'amministrazione dovrebbe «assumere un comportamento improntato a ragionevolezza e ispirato al principio di garantire la massima partecipazione, evitando soluzioni che possano rivelarsi discriminatorie (...)» pertanto, vanno accollati alla stazione appaltante i rischi derivanti dalla scelta di tale modello operativo e, quindi, tutte le cause di illeggibilità del file non dipendente palesemente da colpa dell'impresa partecipante<sup>27</sup>.

Successivamente, gli operatori che hanno presentato offerte ritenute ammissibili, all'esito della valutazione preliminare, devono essere invitati simultaneamente (per via telematica) a partecipare all'asta elettronica, utilizzando (alla data e all'ora indicate) le modalità di connessione individuate nella lettera di invito, la quale deve contenere le risultanze della valutazione preliminare dell'offerta, nonché «la formula matematica che determina, durante l'asta elettronica, le riclassificazioni automatiche in funzione dei nuovi prezzi e/o dei nuovi valori presentati» (art. 56 comma 12 d.lgs. 50/2016).

In particolare, l'amministrazione invita simultaneamente per via elettronica gli offerenti ammessi a presentare nuovi prezzi o nuovi valori (a seconda del criterio di aggiudicazione prescelto), offrendo, altresì, ogni informazione necessaria al collegamento in via elettronica per partecipare all'asta, che si terrà nel giorno e nell'ora indicati nel medesimo invito. Quest'ultimo deve, inoltre, contenere il risultato della valutazione completa

<sup>24</sup> C Stato sez. V 05.12.2014 n. 6018; C Stato sez. V 05.12.2014 n. 6017, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

<sup>25</sup> F. MANGIARACINA, *Gli appalti telematici, profili teorici ed operativi dell'e-procurement*, Roma, 2008; A. G. OROFINO, *Ricorso alle aste elettroniche*, in R. DE NICTOLIS (a cura di), *I contratti pubblici di lavoro, servizi e forniture. Ambito soggettivo e oggettivo*, Milano, 2007, 1165.

<sup>26</sup> Sul punto si è consentito il rinvio a M. INTERLANDI, *Aste elettroniche*, in (a cura di) L.R. PERFETTI, *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2017, 565 ss.

<sup>27</sup> TAR Lombardia-Milano, sez. IV, 20.08.2013 n. 2071.

dell'offerta, effettuata in conformità alla ponderazione di cui all'art. 95, commi 8 e 9, e, per evidenti fini di trasparenza, è, altresì, necessario che lo stesso invito debba contenere l'indicazione della formula matematica utilizzata per effettuare le eventuali riclassificazioni automatiche in ragione dei nuovi prezzi o dei nuovi valori presentati. Secondo quanto disposto dal considerato n. 126, della direttiva 2014/24/UE, infatti, «la tracciabilità e la trasparenza del processo decisionale è essenziale per garantire procedure leali nonché combattere efficacemente la corruzione e le frodi».

Al riguardo, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha statuito che i principi di parità di trattamento e di non discriminazione degli operatori economici impongono l'annullamento e la ripetizione dell'asta elettronica, qualora l'operatore economico, che ha presentato un'offerta ammissibile, non sia stato invitato, e ciò anche laddove non possa essere accertato che la partecipazione dell'operatore escluso avrebbe modificato l'esito dell'asta<sup>28</sup>.

Durante lo svolgimento dell'asta elettronica è fatto, poi, carico alle stazioni appaltanti di dare comunicazioni in tempo reale a tutti gli offerenti di ogni notizia utile per determinare in ogni momento la rispettiva classificazione. In particolare, va rilevato che il Codice ha recepito quanto disposto dall'Autorità Nazionale Anticorruzione, che, con parere n. 92 del 26.11.2014, ha stabilito che non è conforme alla disposizione dell'art. 56, paragrafo 6, della direttiva 2004/17/CE la clausola della *lex specialis*, che non consente a ciascun offerente di conoscere la propria classificazione in tempo reale ed in ogni fase della gara, ivi inclusa quella dell'ultimo rilancio.

Le stazioni appaltanti possono, ove tale possibilità sia prevista nei documenti di gara, comunicare anche altre informazioni riguardanti prezzi o valori presentati, e rendere noto in qualsiasi momento il numero di partecipanti alla fase specifica dell'asta, mentre, invece, è escluso che si possa rendere nota l'identità degli offerenti durante lo svolgimento delle fasi dell'asta elettronica.

Una volta decretata la chiusura dell'asta, «le stazioni appaltanti aggiudicano l'appalto in funzione dei risultati dell'asta elettronica», e la ditta aggiudicataria è onerata della rifusione dei costi relativi allo svolgimento della procedura telematica.

Pertanto, alla luce della normativa in esame, è possibile ritenere, in armonia con i più recenti indirizzi giurisprudenziali, che le aste elettroniche sono funzionali a garantire maggiore trasparenza, economicità e rapidità delle gare, ma anche una più ampia partecipazione e, dunque, una maggiore dinamicità del mercato<sup>29</sup>. Ed, invero, nelle gare tradizionali «le imprese concorrenti, spazialmente distanti rispetto alla sede di svolgimento della gara, sono, di regola, esposte a costi maggiori rispetto al carico dei costi gravanti sulle imprese viciniori, sicché, in definitiva, le modalità di gara in questione vanno, primariamente, a beneficio delle stesse imprese partecipanti, con conseguente presenza di un'accentuata componente di corrispettività nella commissione di transazione posta a carico dell'impresa aggiudicataria»<sup>30</sup>.

Tuttavia, andrebbe, altresì, segnalato, che il ricorso all'asta elettronica non deve tradursi nel rischio di produrre effetti distorsivi della concorrenza. Al riguardo, l'art. 85, comma 3, d.lgs. 165/2006 prevedeva che «le stazioni appaltanti non possono ricorrere alle aste elettroniche abusivamente o in modo da impedire, limitare o distorcere la concorrenza o comunque in modo da modificare l'oggetto dell'appalto come definito dal bando e dagli altri atti di gara». Ebbene, nonostante siffatta previsione non sia stata ripresa dall'art. 50 d.lgs. 50/2016, essa esprime un principio, che dovrebbe ritenersi applicabile anche nell'attuale contesto normativo, in quanto connesso a pregnanti esigenze garantistiche di cui sono espressione i principi di ragionevolezza e di buon andamento dell'attività amministrativa.

### 3.2. Segue. I cataloghi elettronici.

Nell'ambito del processo di semplificazione delle procedure attraverso l'utilizzo di

<sup>28</sup> CGCE sez I 7.04.2016 n. 324/14; CGCE 8.9.2015 n. 324/14

<sup>29</sup> C. St., sez. VI, 17.06.2014 n. 3042

<sup>30</sup> C. St., sez. VI, 17.06.2014 n. 3042

strumenti digitali, si inserisce, infine, anche la previsione dei c.dd. “*Cataloghi elettronici*”, di cui all’art. 57 d.lgs.50/2016, che recepisce gli artt. 36 della direttiva 2014/24 e 54 della direttiva 2014/25. Si tratta di una particolare ed innovativa tecnica di acquisizione, secondo cui le stazioni appaltanti possono chiedere che le offerte siano presentate sotto forma di catalogo elettronico o che includano un catalogo elettronico. In particolare, quest’ultimo è da intendersi come un “formato” per la presentazione e organizzazione delle informazioni, comune a tutti gli offerenti che si prestano al trattamento elettronico. L’utilizzo di tali strumenti, potrebbe, invero, agevolare, in aderenza agli obiettivi preposti dalla nuova disciplina codicistica, soprattutto le PMI (piccole e medie imprese), poiché l’istituto consente loro di presentare alle amministrazioni acquirenti i propri prodotti e servizi con costi e tempi ragionevoli. Un tale previsione può certamente favorire una maggiore concorrenza, assicurando alle amministrazioni la possibilità per le amministrazioni di avere un ampio ventaglio di offerte, con conseguente riduzione della tempistica e aumento dell’efficacia della commessa pubblica.

I cataloghi elettronici sono predisposti dai candidati o dagli offerenti per la partecipazione ad una determinata procedura di appalto e, inoltre, devono soddisfare i requisiti previsti per gli strumenti di comunicazione elettronica, nonché essere conformi alle specifiche tecniche e al formato richiesto per ciascun appalto dall’amministrazione aggiudicatrice, conformemente alle regole generali stabilite per le comunicazioni all’articolo 52 d.lgs. 50/2016.

A tal proposito, sarebbe auspicabile un processo di standardizzazione dei formati per presentare tali cataloghi, di modo che possa essere agevolata l’interoperabilità non solo all’interno di ogni singolo stato membro, ma anche tra differenti stati membri.

#### 4. Considerazioni conclusive.

Dalla disamina complessiva delle disposizioni in materia di *E-Public Procurement*, emerge che la disciplina degli strumenti digitali nelle procedure di gara costituisce, senz’altro, una significativa evoluzione

dell’attività amministrativa, anche in considerazione dei possibili effetti positivi che l’*E-Public Procurement* potrebbe assicurare, sia sotto il profilo della crescita economica, sia sotto il profilo di un maggiore controllo del sistema degli appalti e di una significativa riduzione della spesa prevista per gli stessi. Del resto, la digitalizzazione implica numerosi vantaggi, quali efficienza, rapidità, economicità e trasparenza dell’agire amministrativo. Tuttavia, non bisogna trascurare i possibili rischi che, in via generale, sono connessi all’uso di mezzi tecnologici. Tra questi, ad esempio, rientrano tanto il c.d. *crash down*, ovvero il blocco dei sistemi informatici, quanto la c.d. *data sovereignty*, cioè il potere esclusivo dello Stato di controllare i dati pubblici.

Per quanto riguarda, poi, le previsioni del Codice del contratto, si deve rilevare che l’implementazione del ricorso a strumenti elettronici non appare ancora del tutto soddisfacente rispetto al più ambizioso obiettivo della semplificazione delle procedure di gara. Ed, invero, come si è visto, non mancano nel testo disposizioni che contemplano delle deroghe all’obbligo di utilizzare gli strumenti di comunicazione elettronica, che certamente contrastano con i principi di trasparenza e di semplificazione, che, invece, informano la disciplina in esame, anche nell’ottica di stigmatizzare possibili fenomeni corruttivi.

E ciò, nonostante la giurisprudenza abbia inteso in modo cogente le previsioni che dispongono l’utilizzo delle comunicazioni elettroniche, sottolineandone l’importante funzione in termini di certezza del diritto, al punto da ritenere che, anche nelle ipotesi in cui l’amministrazione sia libera di scegliere lo strumento di comunicazione più appropriato, «le comunicazioni stesse non possono che avvenire per il tramite di posta elettronica certificata»<sup>31</sup>. In questa prospettiva, dunque, la giurisprudenza ha ritenuto, ad esempio, insufficiente la trasmissione a mezzo posta elettronica ordinaria dell’atto di soccorso istruttorio, in quanto non garantirebbe alcuna certezza in ordine al suo inoltro e ricevimento, sottolineando che «dal combinato disposto

<sup>31</sup> Cfr. C. St. sez. IV, 3.05.2016 n. 1716, cit.

dell'art. 83, comma 9, e dell'art. 76, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016 si desume che tutti gli atti che pongono a carico dei concorrenti degli incumbenti il cui mancato rispetto comporta come sanzione l'esclusione dalla gara vanno comunicati via PEC, non essendo sufficiente la comunicazione via email ordinaria»<sup>32</sup>.

Inoltre, la realizzazione del processo di digitalizzazione in materia di appalti sembra essere affidata per larga parte alla discrezionalità della pubblica amministrazione, la quale, come si è visto, non è neanche vincolata all'applicazione dei presidi previsti dal Codice dell'amministrazione digitale in merito alla formazione, gestione e conservazione dei documenti informatici.

Infatti, il d.lgs. 50/2016 non reca alcun richiamo espresso al Codice dell'amministrazione digitale, fatta eccezione

<sup>32</sup> Tar Toscana-Firenze, 26.04.2017 n. 609, cit.

per le regole in tema comunicazioni e per l'utilizzo della firma digitale<sup>33</sup>.

Ne discende, quindi, che l'art.44 d.lgs. 50/2016 potrebbe rimanere sostanzialmente inattuato per effetto del prevalere di prassi derogatorie rispetto all'uso del mezzo informatico, sulla scorta di una interpretazione estensiva della disciplina vigente.

L'auspicio è, dunque, quello che la disciplina tecnica attuativa, richiamata dalle disposizioni in esame, sia adottata in tempi brevi, al fine di portare a compimento l'ambizioso progetto di integrale informatizzazione disegnato dal Codice<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> All'uopo, si è rilevato che l'utilizzo della firma digitale e della marcatura temporale forniscono «un livello di sicurezza consono all'attuale grado di sviluppo tecnologico». (cfr. C. St., sez. III, 6.02.2017 n.518).

<sup>34</sup> Sul punto si è osservato che la eterogeneità delle fonti e, in particolare, la frequente abdicazione della legge in favore di svariate fonti subordinate (non solo decreti ministeriali, ma anche linee guida ecc.) osti alla piena realizzazione dell'amministrazione digitale, la quale in generale «non appare connotata da un disegno coerente ed organico»: F. CARDARELLI, *Amministrazione digitale, trasparenza e principio di legalità, in Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2/2015, 227



«.....GA.....»