

**LE ASTE ELETTRONICHE NEL SISTEMA DELL'E-PROCUREMENT
ITALIANO: EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA E PROBLEMATICHE
APERTE^{1*}**

*Las Subastas Electrónicas En El Sistema Italiano De Contratación Pública Digital: La
Evolución De La Disciplina Y Las Problemáticas Abiertas*

Electronic Auctions In The Italian E-Procurement System: Evolution Of The Discipline
And Unresolved Issues

DR. DANIELE MARONGIU

Professore Di Diritto Amministrativo. Università Degli Studi Di Cagliari (Italia)

RIASSUNTO: Nel presente scritto si illustrano i tratti caratterizzanti del sistema delle aste elettroniche in Italia, nell'ambito del più generale sistema dell'e-procurement, nel quale le gare telematiche sono associate all'istituto della centralizzazione della committenza. Si offre quindi una visione complessiva e sintetica delle diverse problematiche che caratterizzano il sistema italiano, collegate prevalentemente al fatto che in tale ordinamento le gare telematiche hanno avuto una disciplina di diversi anni precedente alle direttive europee n. 17 e 18 del 2004, e che dunque la normativa dell'Unione si è dovuta impiantare in un quadro che di per sé già appariva organico e compiuto. Nell'analizzare le problematiche si analizzano distintamente i diversi piani che si intersecano: il problema della centralizzazione della committenza, quello della obbligatorietà delle convenzioni stabilite a seguito di aste elettroniche, e l'insieme delle tematiche collegate all'uso degli strumenti informatici e del mezzo telematico: il controllo dell'informazione, il rischio di irrigidimento delle procedure e la questione della trasparenza in relazione alla conoscibilità del *software*.

PAROLE CHIAVE: aste elettroniche, gare telematiche, sistema dinamico di acquisizione, centralizzazione della committenza, amministrazione digitale, trasparenza amministrativa.

1 Relazione tenuta al seminario internazionale *Retos de la nueva contratación pública*, 22 marzo 2010, Università di Vigo, Area de Derecho Administrativo, Departamento de Derecho Público.

*
Recibido para publicación: 4 de mayo de 2012.
Enviado para evaluación externa: 7 de mayo de 2012.
Recibida evaluación externa positiva: 22 de mayo de 2012.
Aceptado para publicación: 18 de junio de 2012.

RESUMEN: En este artículo se describen los rasgos característicos del sistema de subastas electrónicas en Italia, como parte del más amplio sistema de compra electrónica, que combina las subastas telemáticas y el Instituto de la centralización de las compras. A continuación, ofrece una visión general y un resumen de las diversas cuestiones que caracterizan el sistema italiano, vinculado principalmente al hecho de que en este ordenamiento jurídico telemáticas la contratación pública ha tenido una disciplina de varios años anterior a las directivas europeas n. 17 y 18 de 2004, y que por lo tanto la legislación de la Unión ha tenido que establecer un marco que ya de por sí parecía orgánica y consumado. En el análisis de los temas, se examinan por separado los diferentes planos que se cruzan: los problemas de la centralización del clientelismo, la obligatoriedad de los convenios establecidos como resultado de las subastas electrónicas, y las principales cuestiones relacionadas con el uso de herramientas informáticas y telemáticas: el control de la información, el riesgo de endurecimiento de las evaluaciones y la cuestión de la transparencia en relación con la cognoscibilidad del *software*.

PALABRAS CLAVE: subastas electrónicas, e-procurement, Sistemas Dinámicos Contratación, compra centralizada, administración digital, transparencia administrativa.

ABSTRACT: In this paper are described the features that characterize the electronic auctions system in Italy, as part the more general e-procurement system, which combines the on-line auctions with the institute of the centralization of purchasing. Then, the article provides an overview and summary of the different issues that characterize the Italian discipline, linked mainly to the fact that, in this legal system, the telematics races have had a discipline of several years previous to the European Directives n. 17 and 18 of 2004, and that therefore the legislation of the Union is due to enter into a framework which itself already seemed organic and completed. Analyzing the issues, the paper examines separately the different intersecting planes: the problems of centralization of procurement, the binding force of conventions established as a result of electronic auctions, and the main issues related to the use of IT tools and on line systems: the control of information, the risk of rigidity of evaluations and the issue of transparency in relation to the knowability of the *software*.

KEY WORDS: electronic auctions, e-procurement, dynamic purchasing system, centralized purchasing, digital administration, administrative transparency.

SOMMARIO: I. PREMESSA.- II. IL FUNZIONAMENTO DELLE ASTE ELETTRONICHE.- III. LE ASTE ELETTRONICHE E LE CENTRALI DI COMMITTENZA: LE RAGIONI DELLA CENTRALIZZAZIONE.- IV. L'AMPIEZZA

DELLA SFERA DI OBBLIGATORIETÀ DELLE CONVENZIONI CONSIP.- V. DAL “PRE” AL “POST”-NORMATIVA EUROPEA.- VI. IL FUNZIONAMENTO DEL SISTEMA DINAMICO DI ACQUISIZIONE.- VII. LE QUESTIONI COLLEGATE AL CONTESTO INFORMATIZZATO.- VIII. IL *SOFTWARE* E IL PROBLEMA DELLA TRASPARENZA.- IX. BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE.

I. PREMESSA

Le aste elettroniche, nell'ambito dell'*e-procurement*, rappresentano un caso emblematico di come l'innovazione tecnologica non comporti solo un mutamento puramente formale e materiale nell'azione amministrativa, ma di come, al contrario, l'informatizzazione possa essere strettamente correlata ad una modifica profonda della sostanza e dei principi dell'attività pubblica.

È attraverso quest'ottica che, di seguito, illustreremo il funzionamento, l'evoluzione e le problematiche sostanziali nella disciplina delle gare telematiche nell'ordinamento italiano.

Come è noto, tale sistema presenta forti tratti di somiglianza con le omologhe discipline sulla contrattualistica elettronica negli altri Paesi dell'Unione Europea, in virtù del fatto che i sistemi nazionali degli Stati membri discendono da due direttive che hanno creato un'architettura di regole comuni, la n. 17 e la n. 18 del 2004. A ciò si aggiunge la considerazione che anche la normativa in materia di documentazione informatica è oggetto di disciplina unitaria nel diritto dell'Unione, fin dall'emanazione della direttiva n. 93 del 1999 in materia di sottoscrizioni elettroniche². Tuttavia, pur alla luce di queste considerazioni, come vedremo in dettaglio, il caso italiano presenta peculiarità tali per cui esso merita un'analisi specifica.

La particolarità dell'ordinamento italiano è primariamente connessa al fatto che in esso la creazione e la disciplina di un sistema centralizzato di acquisti pubblici *on line* ha preceduto di diversi anni le direttive europee. Il sistema successivo al 2004, dunque, pur adattatosi alle norme dell'Unione, ha tuttavia mantenuto intatti diversi tratti dell'impianto originario.

In Italia l'introduzione dei sistemi di aste elettroniche risale alla fine degli anni novanta del secolo scorso. Essa ha avuto luogo in un contesto di razionalizzazione generale della spesa pubblica, nell'ambito più generale delle politiche di risanamento economico che

² Si veda in proposito, per un approfondimento, G. DUNI, *L'amministrazione digitale*, Milano, Giuffrè, 2008. Per una lettura comparata con la realtà spagnola si veda anche P. VALCARCÉL FERNÁNDEZ, *De los documentos y los archivos electrónicos*, in J.L. PIÑAR MAÑAS (a cura di), *Administración electrónica y ciudadanos*, Editorial Civitas, 2011.

hanno caratterizzato quegli anni, in ragione delle forti spinte da parte dell'Unione Europea preordinate all'adozione della moneta unica³.

In siffatto contesto l'informatizzazione non ha dato luogo solamente ad un mutamento del *medium* attraverso cui compiere le procedure di spesa tradizionali (a scopo di semplice velocizzazione), ma ha favorito la riorganizzazione complessiva, secondo paradigmi nuovi, del sistema generale degli acquisti delle pubbliche amministrazioni.

L'introduzione delle aste elettroniche, infatti, è coincisa con l'adozione di un sistema centralizzato degli acquisti delle amministrazioni pubbliche, denominato “sistema Consip”, dal nome della società che ne ha assunto la gestione, controllata dal Ministero dell'Economia e delle Finanze⁴, per conto di tutte le pubbliche amministrazioni statali, e, in alcuni casi limitati, di tutti gli enti pubblici nazionali. Come è noto, tale sistema era fondato fin dall'inizio (e lo è tuttora) sull'assunto di base per cui le forniture di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni non devono aver luogo attraverso gare bandite dai singoli uffici presso le diverse sedi, ma devono seguire una procedura per cui, a livello centralizzato, attraverso un sistema di aste *on line* si individuano i fornitori, con i quali si stabiliscono prezzi in convenzione attraverso accordi-quadro; successivamente alla conclusione di tale fase, tutti gli uffici possono procedere direttamente agli acquisti presso i soggetti aggiudicatari, alle condizioni e ai prezzi stabiliti in convenzione, senza che siano operate ulteriori selezioni o valutazioni comparative.

Come si vede, dunque, in un sistema di *e-procurement* così strutturato, il rinnovamento formale dell'azione amministrativa (la digitalizzazione) e quello sostanziale (la centralizzazione degli acquisti) procedono in simbiosi e si reggono mutuamente.

Nel contempo, l'uso delle aste elettroniche da parte di un committente centralizzato presenta due ordini distinti di problematiche. Uno è connesso al fattore – di natura puramente amministrativa – della centralizzazione, ossia alle ripercussioni sugli equilibri fra centro e periferia e, in alcuni casi, ai rapporti fra Stato ed altri enti territoriali. Il secondo ordine di problematiche è relativo alla digitalizzazione, ossia alle implicazioni giuridiche dell'uso dello strumento informatico e del mezzo telematico. I due tipi di questioni sono ovviamente correlati fra loro, ma a scopo di analisi può essere

3 Si veda U. MONTELLA, *Le centrali di committenza come mezzo di razionalizzazione degli acquisti*, Sassari, 2007, consultabile all'indirizzo www.uniss.it/documenti/convegnoSAD_2007_Montella.pdf

4 Consip SpA è stata istituita con il Decreto legislativo 19 novembre 1997 n. 414 come società per l'informatizzazione del ministero dell'economia e delle finanze. Successivamente (con il Decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze del 24 febbraio 2000) si è evoluta in un organismo di razionalizzazione degli acquisti della pubblica amministrazione e di esercizio della committenza centralizzata. Questa è ancora oggi la sua funzione principale. Per un approfondimento sulla natura giuridica di Consip SpA si veda E. CAPASSO, *Le società partecipate tra funzione e struttura rivestita: Il T.A.R. Lazio prende posizione affermando la natura pubblicistica di Consip S.P.A.*, in *Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana*, 2009, p. 763 e ss. Per una trattazione generale si veda anche D. BROGGI (a cura di), *Consip : una novità nella pubblica amministrazione*, Milano : F. Angeli, 2006.

opportuno separarli ed esaminarli distintamente.

Nei paragrafi che seguono, dunque, dapprima illustreremo l'iter procedimentale attraverso cui si svolgono le aste elettroniche, e successivamente focalizzeremo i profili problematici, affrontando prima gli aspetti della centralizzazione della committenza, e successivamente quelli connessi al ricorso al mezzo informatico.

II. IL FUNZIONAMENTO DELLE ASTE ELETTRONICHE

Il sistema attraverso cui hanno luogo le aste elettroniche in Italia era disciplinato inizialmente dal Decreto del Presidente della Repubblica 4 aprile 2002, n. 101. Tale regolamentazione iniziale, seppure oggi sia confermata nei suoi principali elementi caratterizzanti, è stata tuttavia in parte rivista a seguito dell'intervento delle direttive europee n. 17 e 18 del 2004, rispettivamente, la prima all'articolo 56 e la seconda all'articolo 54 (norme sul cui dettaglio ci soffermeremo in seguito). Oggi il procedimento è regolato a livello interno dall'articolo 85 del Codice dei contratti pubblici (il Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163) e dal Decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207, che ne costituisce norma attuativa.

La disciplina del 2001 differiva da quella attuale del 2006-2010 principalmente in relazione ad un profilo: essa concepiva l'asta elettronica come un procedimento a sé stante, in cui l'intero *iter* dell'evidenza pubblica era gestito in modalità telematica dall'inizio alla fine. Tutti gli aspetti procedurali, dalla pubblicazione del bando, alla presentazione delle offerte e al loro esame preliminare, al diritto di accesso alla documentazione, avvenivano nell'ambito di un'unica procedura interamente digitale, standardizzata, soggetta ad una disciplina distinta da quella del procedimento di gara ordinario⁵.

Il sistema delineato dal Codice dei contratti pubblici invece disciplina l'asta elettronica come un singolo momento della procedura di gara, e non implica che le altre partizioni del procedimento avvengano necessariamente in modalità informatica e telematica⁶. In relazione a ciò, dunque, per un certo verso, si potrebbe sostenere che si sia compiuto un passo indietro, perché l'esistenza di una disciplina che considerava la gara telematica come un procedimento autonomo poteva apparire come volta a privilegiare tale opzione. In verità, la norma va letta in un'altra chiave: la disciplina attuale crea una migliore

⁵ A tal proposito si veda A. TANCREDI, *Appalti elettronici e aste on line nell'impianto normativo e nelle esperienze concrete*, in *Giustizia amministrativa*, 2009, p. 158.

⁶ Ciò emerge chiaramente dall'analisi dell'articolo 85 del Codice dei contratti pubblici, e in particolare del primo comma che dispone "Nelle procedure aperte, ristrette, o negoziate previo bando, quando ricorrono le condizioni di cui al comma 3, le stazioni appaltanti possono stabilire che l'aggiudicazione dei contratti di appalto avvenga attraverso un'asta elettronica".

integrazione dei profili tecnologici nell'ambito dell'appaltistica pubblica, in quanto, nell'inquadrare le aste elettroniche come (eventuale) parte del procedimento di gara disciplinato in via generale, contribuisce a qualificarle come strumento ordinario; inoltre, non vincolando la scelta dell'asta elettronica allo svolgimento di un procedimento interamente informatizzato, appare complessivamente più flessibile⁷.

La possibilità di gare gestite interamente nel contesto digitale rimane una facoltà dell'amministrazione appaltante, come stabilito dall'articolo 295 del DPR n. 207 del 2010, rubricato “Procedure di gara interamente gestite con sistemi telematici”, che attua il comma 3 dell'articolo 85 del Codice dei contratti pubblici il quale dispone che “alle condizioni di cui al comma 3, le stazioni appaltanti possono stabilire di ricorrere a procedure di gara interamente gestite con sistemi telematici, disciplinate con il regolamento nel rispetto delle disposizioni di cui al presente codice.”

Alla luce di quanto osservato, possiamo dunque esaminare le fasi principali del procedimento scandito dalla normativa italiana per l'espletamento di aste elettroniche⁸, come deriva dall'articolo 85 del Codice dei contratti pubblici, in combinato disposto con il DPR n. 207 del 2010 in attuazione dell'articolo 54 della direttiva europea 2004/18 e dell' articolo 56 della direttiva europea 2004/17.

Anzitutto, l'amministrazione appaltante bandisce la gara; a seguito del bando, i partecipanti presentano offerte iniziali, che sono esaminate dalla commissione in seduta riservata, a seguito della quale ha luogo l'esclusione delle offerte non conformi al bando. Successivamente a ciò, la stazione appaltante invita tutti i partecipanti a collegarsi ad un sistema informatico in uno specifico momento, in seduta telematica, e ad effettuare rilanci, cioè offerte migliorative di quelle iniziali. L'invito deve contenere tutte le informazioni necessarie per connettersi al sistema, e la seduta telematica deve aver luogo dopo almeno due giorni dall'invito. Dopo un tempo precedentemente fissato nel bando (non meno di un'ora, ai sensi dell'articolo 188, comma 2, del DPR 207/2010) le stazioni appaltanti dichiarano chiusa la gara e aggiudicano l'offerta migliore.

Come si è accennato, in tale procedura è obbligatoriamente telematica solo la fase dell'asta e dell'aggiudicazione. L'insieme dei momenti che precedono (il bando, la presentazione delle offerte iniziali, la riunione preliminare), e le fasi che seguono (l'esclusione delle offerte anomale, l'aggiudicazione, la pubblicazione degli atti) possono avvenire in forma tradizionale e, solo facoltativamente, anch'esse possono avvenire in

7 Per un approfondimento sulla differente impostazione del DPR n. 101 del 2002 e del Codice dei Contratti pubblici si veda D. MARRAMA, *Le aste elettroniche tra semplificazione ed efficienza*, in *Nuove autonomie*, 2008, p. 703 e ss.

8 Su tale procedimento si veda Si veda ancora A. TANCREDI, *Appalti elettronici e aste on line nell'impianto normativo e nelle esperienze concrete*, cit., p. 194 e ss. Si veda inoltre .AA. VV., *L'acquisizione diamica con il sistema elettronico*, in *Guida agli enti locali – il Sole 24 Ore*, 29 gennaio 2011, n. 5, p. 102.

modalità telematica (ai sensi del comma 13 dell'articolo 85 del codice appalti, articolo 295 del DPR 207/2010).

In quest'ultimo caso ai partecipanti è fornito un *user-id* con una *password* fin dall'inizio della procedura, in modo che possa aver luogo in via telematica anche la presentazione delle offerte preliminari, e di conseguenza tutta la gara avviene tramite documenti in forma elettronica (così prevede il comma 5 dell'articolo 295 del DPR 207); in questa ipotesi, anche la comunicazione ai partecipanti della graduatoria finale avviene in via informatica.

III. LE ASTE ELETTRONICHE E LE CENTRALI DI COMMITTENZA: LE RAGIONI DELLA CENTRALIZZAZIONE

La procedura delle aste elettroniche ora illustrata non implica *in re ipsa* la riorganizzazione amministrativa collegata alle centrali di committenza. Aste di questo tipo, in piena conformità alla disciplina vigente, possono essere bandite da singoli uffici per la gestione autonoma dei propri acquisti e delle proprie forniture e dei propri lavori. Tuttavia, nella forma che è venuto ad assumere il fenomeno nell'ordinamento italiano, l'uso di procedure di questo tipo è strettamente collegato alla centralizzazione della scelta del contraente. L'avvento delle aste elettroniche è stato infatti contemporaneo con la scelta di introdurre un sistema di razionalizzazione complessiva del sistema degli acquisti, basato sulla committenza centralizzata e sulla stipula di convenzioni con gli aggiudicatari.

Con riferimento alla questione della centralizzazione della committenza, esamineremo qui due profili: anzitutto verificheremo *le ragioni stesse* per le quali si è imposta questa modalità di gestione degli acquisti, e, in secondo luogo, analizzeremo il problema dell'estensione delle convenzioni: vale a dire, quanto debba essere ampia la sfera di obbligatorietà degli accordi-quadro per le amministrazioni periferiche dello Stato e per gli altri enti pubblici.

In relazione alle ragioni che sono state (e sono tuttora) all'origine dell'istituzione di committenze unificate, la dottrina ha individuato diversi ordini di motivi, che qui possiamo riassumere.

Anzitutto, la centralizzazione del meccanismo delle aste favorisce un maggiore potere contrattuale della parte pubblica rispetto a quella privata, soprattutto per quanto attiene alla compilazione di capitolati d'onere di particolare rilevanza tecnica. La centrale di committenza nazionale può infatti avvalersi di personale con i più elevati livelli di specializzazione, mentre, viceversa, in caso di gare bandite dai singoli uffici, è meno plausibile che il personale di parte pubblica abbia un adeguato grado di

specializzazione, e ciò sposta l'asse del potere contrattuale sui fornitori privati⁹.

È emblematico, in questo senso, l'esempio del mercato dell'acquisizione di beni e servizi informatici, che fino agli anni novanta del secolo scorso era “dominato” dalle industrie del settore le quali, di fronte ad una sostanziale mancanza di competenze da parte dei contraenti pubblici, dettavano in modo pressoché unilaterale i contenuti dei capitolati¹⁰.

Un secondo profilo che può essere considerato portante nella costruzione del sistema Consip, attiene ad una ragione di ordine economico: la committenza centralizzata crea infatti un contesto in cui, mediante l'aggregazione della domanda, si ha un maggiore numero di concorrenti e di conseguenza si ottengono le condizioni perché si verifichi un abbassamento dei prezzi¹¹.

In terzo luogo, la centralizzazione del sistema – è stato osservato – trova una sua ragione collegata alla gestione del contenzioso. La committenza unificata infatti permette di razionalizzare la spesa relativa al giudizio amministrativo in caso di impugnazione dell'aggiudicazione che, nel settore degli appalti, sul piano casistico, può essere considerata un fattore più endemico che eventuale¹².

Infine, il sistema risulta più gestibile e razionale, in quanto diviene possibile e più economico monitorare l'andamento generale degli acquisti, e quindi intervenire più facilmente per razionalizzare dove si registrino inefficienze e disfunzioni. Quando infatti, viceversa, vi è maggiore autonomia nelle procedure, diviene molto più complesso, e a volte all'atto pratico pressoché impossibile, monitorare il sistema¹³.

A fronte di queste ragioni, che sono state alla base dell'istituzione del sistema Consip, è opportuno evidenziare quelli che invece appaiono come i punti deboli della committenza centralizzata.

Sul piano strettamente amministrativo, si pone la questione dell'autonomia funzionale degli uffici pubblici. Tale problema è, ovviamente, molto accentuato qualora il sistema di centralizzazione degli acquisti miri a vincolare anche enti non statali (come, in alcune fasi evolutive, è effettivamente accaduto: v. *infra*), soprattutto nel quadro costituzionale mutato a seguito della riforma del 2001, con la riscrittura del Titolo V, che ha visto fortemente rafforzato il sistema delle autonomie territoriali. Il problema ha però una forte rilevanza anche quando (come avviene effettivamente di norma, anche

9 Si veda L. PICCI, *Dal “Modello Consip” ad un “Sistema di procurement nazionale”* in L. FIORENTINO (a cura di), *Lo Stato compratore. L'acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*, Il Mulino, Bologna, 2007.

10 Si veda in proposito F. MERLONI, *introduzione all'e-government*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 60.

11 Si veda in proposito F.P. ANELLI, *E-procurement e outsourcing nella pubblica amministrazione*, in *Astrid Rassegna*, n. 12 del 2005, p. 2.

12 L. PICCI, *Dal “Modello Consip” ad un “Sistema di procurement nazionale”*, cit.

13 L. PICCI, *ibidem*.

attualmente) gli accordi-quadro stipulati dalla centrale di committenza vincolano gli uffici periferici dello Stato.

In secondo luogo, il sistema di committenza centralizzata richiede una riflessione relativa alla protezione dell'economia locale e, nello stesso tempo, alla tutela della concorrenza. Il sistema Consip, infatti, puntando alla massima razionalizzazione, pone evidentemente in secondo piano (e talvolta tende ad azzerare del tutto) la funzione che il sistema degli acquisti pubblici può avere nel sostegno alle imprese del territorio; le gare tendono ad essere dominate da grandi industrie nazionali e multinazionali, sfavorendo e disincentivando la partecipazione delle piccole aziende locali¹⁴.

Vedremo come è fondamentale a causa di ciò che si sta imponendo nell'attuale momento evolutivo il passaggio da un sistema fortemente centralizzato a un sistema federato, in cui sussistono più centrali di committenza diffuse nel territorio¹⁵. In altri termini, il sistema si sta evolvendo per divenire "a rete", privilegiando la dimensione regionale.

In relazione a questi ultimi profili, si rende necessaria a questo punto una disamina, in chiave evolutiva, del problema dell'estensione del vincolo collegato alla centrale di committenza. Vale a dire, in altri termini, della maggiore o minore ampiezza del novero delle amministrazioni che devono attenersi alle convenzioni stipulate a seguito delle aste elettroniche centralizzate.

IV. L'AMPIEZZA DELLA SFERA DI OBBLIGATORietà DELLE CONVENZIONI CONSIP

Il problema dell'estensione del vincolo di attenersi alle convenzioni Consip deve necessariamente essere esaminato in modo diacronico, in sequenza cronologica, in quanto la disamina del susseguirsi delle norme mostra come, nel tempo, si siano succedute tendenze inverse ad estendere e a restringere la sfera di influenza della centrale di committenza, denotando così come sia difficoltoso perseguire un equilibrio fra – da un lato – le esigenze di razionalizzazione e – dall'altro lato – le istanze di autonomia degli enti pubblici.

14 Si veda al riguardo F. MINOTTI, *Appalti pubblici e accordi quadro stipulati da centrali di committenza*, commento all'art. 33 del Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 63, in C. GIURDANELLA (a cura di), *Il codice dei contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 139, ove afferma che il sistema "può rivelarsi in concreto lesivo del principio della tutela della concorrenza, poiché rischia di impedire agli operatori economici di minori dimensioni di partecipare alle gare aventi ad oggetto commesse particolarmente ingenti". Si veda però anche, *contra*, R. CAVALLO PERIN, G.M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Diritto amministrativo*, 2010, p. 350, ove gli Autori affermano: "All'aggregazione pubblica dell'affidamento degli appalti potrebbe corrispondere una riduzione delle imprese concorrenti, tuttavia le più avanzate esperienze europee escludono che si tratti di una necessaria conseguenza".

15 Si veda L. PICCI, *Dal "Modello Consip" ad un "Sistema di procurement nazionale"* cit.

Il punto iniziale del percorso storico può essere individuato nella legge 23 dicembre 1999 n. 488 (la legge finanziaria 2000), la quale rendeva le convenzioni obbligatorie per le amministrazioni statali. L’articolo 24 precisava che le province, i comuni, le comunità montane e i consorzi di enti locali al fine di acquistare beni e servizi, potevano, facoltativamente aderire alle convenzioni, e disponeva che tali enti, nell’eventualità in cui avessero organizzato autonomamente le proprie procedure di selezione, avrebbero comunque avuto l’obbligo di usare i prezzi Consip come base d’asta al ribasso.

Dopo due anni dall’emanazione di tale norma, la legge 27 dicembre 2002, n. 289, ossia la legge finanziaria 2003, ha modificato tale quadro, introducendo un meccanismo che, *de facto*, tendeva ad estendere anche agli enti non statali l’obbligatorietà dell’adesione alle convenzioni¹⁶. Tale legge, infatti, ha stabilito che al di sopra dei 50.000 euro (una soglia quindi relativamente bassa) era necessario, per tutti i soggetti pubblici, attenersi alla normativa europea a meno che non si svolgessero acquisti in convenzione. Dunque, tale disposizione ha reso sostanzialmente le convenzioni Consip obbligatorie per regioni, province ed enti locali. Si è trattato della norma che ha indubbiamente rappresentato il tentativo più “forte”, da parte del legislatore italiano, di ampliare l’applicazione dei contratti-quadro, vincolando ad essi le amministrazioni non statali, e anche ad una prima lettura poteva apparire dubbia la sua stessa costituzionalità, in un ordinamento che negli stessi anni stava conoscendo un netto ampliamento delle garanzie di autonomia degli enti locali, a seguito della riforma costituzionale del 2001. Tale normativa, tuttavia, è rimasta in vigore per un tempo limitato, perché l’anno successivo, con la legge finanziaria 2004 (legge 24 dicembre 2003, n. 350) l’adesione alle convenzioni è divenuta facoltativa per quasi tutte le amministrazioni pubbliche, rimanendo obbligatoria solo per gli uffici centrali delle amministrazioni statali. Tale legge in particolare ha previsto che tutte le pubbliche amministrazioni, a partire dal 1 gennaio 2004, avrebbero potuto facoltativamente stabilire se ricorrere o meno alle convenzioni nazionali, e comunque, in caso di aste autonome, avrebbero dovuto stabilire parametri di prezzo e qualità comparabili con quelli oggetto delle convenzioni¹⁷. La stessa norma ha previsto che, al fine della razionalizzazione e del contenimento della spesa pubblica, la Consip SpA avrebbe fornito attività di consulenza agli enti locali e ai loro consorzi, dietro loro richiesta, in relazione alle proprie procedure di acquisto. È interessante osservare che con la legge in esame si sia passati dall’ipotesi di massima estensione degli accordi quadro (nell’anno precedente) a quella, inversa, di massima compressione della sfera di applicabilità obbligatoria degli stessi.

Il quadro da ultimo delineato è rimasto nella sua sostanza invariato fino all’emanazione

16 Si veda in proposito l’analisi di F.P. ANELLI, *E-procurement e outsourcing nella pubblica amministrazione*, in *Astrid Rassegna*, n. 12 del 2005, p. 3.

17 Si veda ancora F.P. ANELLI, *E-procurement e outsourcing nella pubblica amministrazione*, in *Astrid Rassegna*, n. 12 del 2005, p. 4.

della legge finanziaria 2007 (la legge 27 dicembre 2006, n. 296)¹⁸. Tale atto normativo ha stabilito che “Dal 1° luglio 2007, le amministrazioni statali centrali e periferiche, ad esclusione degli istituti e delle scuole di ogni ordine e grado, per gli acquisti di beni e servizi al di sotto della soglia di rilievo comunitario, sono tenute a fare ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione”, ossia devono effettuare gli acquisti attraverso il sito www.acquistiinretepa.it, un ambiente web gestito da Consip per l'effettuazione telematica, diretta, degli acquisti dei beni in convenzione. Dunque si circoscrive definitivamente la sfera di influenza diretta di Consip alle amministrazioni statali, centrali e periferiche, e nello stesso tempo si impone una procedura telematica per gli acquisti. Le amministrazioni statali infatti non solo hanno l'obbligo di acquistare presso gli aggiudicatari delle aste on line, ma devono necessariamente compiere le relative operazioni in via telematica per mezzo dell'apposito sito internet istituzionale.

La legge finanziaria 2007 ha modificato la disciplina anche sotto un altro fondamentale profilo: ha stabilito infatti che le Regioni hanno la facoltà costituire proprie centrali di committenza (anche in forma associata) le quali possono stipulare convenzioni valide per le amministrazioni delle regioni stesse, degli enti locali e degli altri soggetti pubblici che hanno sede nel territorio regionale. Da questo punto di vista il passaggio rispetto al passato è fondamentale: tale norma infatti per la prima volta ha sostituito il sistema unitario basato sull'unico centro di committenza regionale, creando così le condizioni per generare un sistema policentrico, che porta con sé diversi effetti indotti rilevanti: si stemperano le conflittualità fra Stato e altri enti pubblici connaturate all'idea della committenza centralizzata, e si individua una soluzione per il problema, connaturato al sistema precedente, della penalizzazione delle imprese che operano su scala locale.

Il sistema individuato da quest'ultima legge rimane pressoché vigente fino ad oggi, in quanto non ha subito modifiche di sostanza. La legge finanziaria 2008 (legge 24 dicembre 2007, n. 244) è intervenuta su profili amministrativi, come l'obbligo delle amministrazioni di fornire annualmente al ministero dell'Economia e delle Finanze il proprio fabbisogno di beni e servizi, ma non sull'impianto complessivo della disciplina¹⁹, che anche le successive leggi finanziarie hanno confermato.

V. DAL “PRE” AL “POST”-NORMATIVA EUROPEA

Il percorso evolutivo della disciplina, analizzato nel paragrafo precedente, può essere compreso a fondo se si tiene conto di un fattore fondamentale, e cioè che nel tempo intercorso fra le diverse leggi si è avuta la più rilevante innovazione normativa recente

18 Per un approfondimento su tale atto normativo si veda R. DE NICTOLIS, *Contratti pubblici di lavori, servizi e forniture: le novità nella legge finanziaria 2007*, in *Urbanistica e appalti*, 2007, p. 296 e ss.

19 Si veda L. FIORENTINO, *Il modello Consip nella finanziaria per il 2008. Commento alla Legge 24 dicembre 2007, n. 244*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2008, p. 484.

nel sistema degli appalti, ossia l'emanazione delle direttive europee n. 17 e 18 del 2004, e l'emanazione, in Italia, del Codice dei contratti pubblici, ossia il decreto legislativo n. 163 del 2006, che costituisce recepimento delle nuove norme sovranazionali. Occorre dunque capire come, nel percorso già avviatosi su scala essenzialmente nazionale, abbiano “impattato” le norme di diritto dell'Unione Europea²⁰.

A questo proposito, anzitutto, occorre osservare che le direttive europee non hanno imposto una riscrittura radicale del sistema delineatosi in Italia negli anni precedenti; certamente ne hanno previsto modifiche e integrazioni – come ora vedremo – ma dal punto di vista della struttura generale si può affermare che esse abbiano sostanzialmente assorbito l'esistente. Le direttive – e le norme nazionali attuative – prevedono infatti che negli stati membri si possano facoltativamente istituire centrali di committenza, costituite (o controllate) da soggetti pubblici, con lo scopo di stipulare accordi quadro per l'acquisto di beni, servizi o lavori a prezzi unitari²¹. La normativa italiana si è avvalsa della facoltà prevista a livello europeo e all'articolo 33 del Codice dei contratti pubblici ha confermato l'esistenza delle centrali degli acquisti nell'ordinamento interno²². Le direttive europee prevedono espressamente che le aste possano avvenire anche attraverso il ricorso a procedure elettroniche: così stabiliscono infatti l'articolo 33 della direttiva n. 18 del 2004 e l'articolo 15 della direttiva n. 17 del 2004. Anche da questo punto di vista, dunque, la regolamentazione comunitaria è pienamente compatibile con la disciplina italiana preesistente.

Nello stesso tempo, se le direttive per un verso hanno confermato il sistema preesistente, da un altro lato hanno introdotto importanti novità. La più importante consiste senza dubbio nel fatto che esse prevedono un sistema di scelta del contraente più evoluto dell'asta elettronica, che è il “sistema dinamico di acquisizione”. Le aste elettroniche rimangono uno dei possibili modi di selezione, ma costituiscono un'eccezione, vale a dire un sistema residuale a cui è possibile ricorrere solo in determinate circostanze.

Il sistema dinamico di acquisizione è disciplinato dall'articolo 33 della direttiva 2004/18, e in Italia trova la sua normativa interna nell'articolo 60 del Codice dei contratti pubblici e nell'Articolo 287 del decreto del Presidente della Repubblica n. 207 del 2011.

20 Per un approfondimento su questi profili si veda Si veda in proposito F.P. ANELLI, *E-procurement e outsourcing nella pubblica amministrazione*, cit., p. 8. Si suggerisce inoltre un raffronto con l'ordinamento Spagnolo, dove invece la pratica delle aste elettroniche è stata *successiva* all'emanazione delle direttive. Si veda in proposito J.A. MORENO MOLINA, *Administración electrónica y contratación pública*, in J.L. PIÑAR MAÑAS (a cura di), *Administración electrónica y ciudadanos*, Editorial Civitas, 2011, p. 743 e ss.

21 La disposizione è contenuta nell'articolo 11 della direttiva 2004/18 e nell'articolo 29 della direttiva 2004/17.

22 Su tale norma si veda MINOTTI, *Appalti pubblici e accordi quadro stipulati da centrali di committenza*, cit., p. 238 e ss. 33

VI. IL FUNZIONAMENTO DEL SISTEMA DINAMICO DI ACQUISIZIONE

Il procedimento di selezione del contraente mediante sistema dinamico di acquisizione è, chiaramente, omogeneo in tutti i Paesi europei, in quanto di diretta derivazione comunitaria. Nell'illustrarlo ci atterremo comunque alla normativa nazionale italiana, anche allo scopo di mettere meglio a fuoco come esso differisca dalla disciplina interna "pre-europea" delle aste elettroniche.

In sintesi, il sistema dinamico di acquisizione è un metodo di scelta del contraente basato sul fatto che non si espletano tanti appalti quanti sono gli acquisti, ma si ha un unico bando per l'accreditamento dei fornitori, a seguito del quale, per un periodo prolungato (fino ad un massimo di quattro anni) di volta in volta si chiede alle imprese iscritte di presentare offerte relativamente ai singoli acquisti, e il sistema ogni volta automaticamente aggiudica il migliore offerente²³.

Le fasi del procedimento hanno luogo secondo il seguente schema: a seguito della pubblicazione del bando da parte delle amministrazioni (che avviene in via elettronica) i fornitori presentano un'offerta indicativa in base alla quale è valutata la loro ammissione al sistema. A seguito di tale valutazione, entro quindici giorni, la stazione appaltante (o la centrale di committenza) ammette al sistema tutti i fornitori che possiedono i requisiti previsti dal bando. Durante la vigenza del sistema "Le stazioni appaltanti invitano tutti gli offerenti ammessi nel sistema a presentare un'offerta per ogni appalto specifico da aggiudicare"²⁴. Le offerte iniziali dunque sono solo indicative e possono essere migliorate in ogni momento "a condizione che esse restino conformi al capitolato d'oneri"²⁵.

La legge esclude che il sistema dinamico di acquisizione possa essere usato per l'aggiudicazione di lavori, e per quanto attiene i beni e servizi, è previsto che essi debbano essere standardizzati e non suscettibili di modifiche nel tempo da parte del produttore²⁶; ciò fa sì che il sistema delle aste elettroniche, oltre a rimanere un'opzione per le forniture di beni e servizi (per quanto disincentivato), continua ad essere l'unico metodo informatizzato che può essere adoperato per la scelta del contraente in caso di lavori pubblici, o per l'acquisto di beni e servizi non sufficientemente tipizzati.

La normativa europea, e quella nazionale che ne consegue, prevedono, in astratto, che il sistema dinamico di acquisizione possa essere adoperato sia da centrali di committenza

23 So veda in proposito Si veda in proposito F.P. ANELLI, *E-procurement e outsourcing nella pubblica amministrazione*, icit., p. 10.

24 Articolo 60 del Codice dei contratti pubblici.

25 *Ibidem*.

26 SI veda AA. VV., *L'acquisizione dinamica con il sistema elettronico*, cit., p. 102.

che da singole amministrazioni; nella pratica, però (come già avevamo osservato nel caso delle aste elettroniche) di fatto solo la prima ipotesi si è verificata, per cui si può asserire in definitiva che oggi le aste elettroniche (di matrice “pre-europea”) e il sistema dinamico di acquisizione (di concezione “post-europea”) oggi convivono nel rappresentare i due sistemi di acquisizione telematici che permettono il funzionamento dell'istituto della centralizzazione degli acquisti.

VII. LE QUESTIONI COLLEGATE AL CONTESTO INFORMATIZZATO

Dopo avere fornito un quadro essenziale delle problematiche collegate alla centralizzazione della committenza pubblica, alle quali peraltro la dottrina giuridica (italiana e internazionale) ha dedicato ampi studi, esamineremo ora il secondo frangente di questioni legate all'istituto in esame, ossia i problemi connessi all'informatizzazione e al ricorso al mezzo telematico. Si tratta, al riguardo, di comprendere quali effetti ha, sul piano giuridico, e quali nuovi problemi obbliga a prendere in considerazione, il fatto *in sé* che la modalità di scelta del contraente sia effettuata attraverso sistemi elettronici automatizzati.

A differenza del primo ordine di problematiche già affrontate, che, seppure in un percorso evolutivo non del tutto lineare (come si è visto), hanno comunque trovato una chiara disciplina nella normativa vigente, le questioni legate all'informatizzazione possono considerarsi, in parte, tuttora aperte. In alcuni casi esse sono state espressamente prese in considerazione nella disciplina nazionale; in altri casi non appaiono contemplate in modo compiuto. Peraltro, anche dove – come osserveremo – tali questioni hanno trovato già una sistematizzazione nella disciplina vigente, comunque si prestano ancora a considerazioni critiche. In nessun caso, insomma, il quadro può dirsi stabile, e anzi ancora è necessario un lavoro della dottrina giuridica affinché si persegua il giusto temperamento fra i vantaggi dell'innovazione e i nuovi nodi che il progresso può creare in settori delicati come quello dell'evidenza pubblica.

Un primo problema giuridico che emerge nello svolgimento di un'asta elettronica attiene al fattore “informazione”. A differenza di un'asta che si svolge in un luogo fisico, l'uso dell'interfaccia informatica permette un controllo molto maggiore, da parte del gestore della procedura, degli elementi che possono essere conosciuti dai singoli partecipanti. Tale questione è affrontata espressamente dal Codice dei contratti pubblici, al comma 9 dell'articolo 85, che nella sostanza suddivide in tre categorie il regime delle informazioni: vi sono dati la cui conoscenza è obbligatoria per tutti i partecipanti all'asta, altri che possono essere facoltativamente resi noti dalla stazione appaltante; altri ancora, infine, che è vietato rendere conoscibili a coloro che prendono parte alla procedura.

Dunque, anzitutto, in forza di tale norma, è obbligatorio che ciascun partecipante all'asta elettronica, mentre la procedura è aperta, sia sempre a conoscenza della propria posizione in graduatoria. È invece facoltativo che ciascun partecipante conosca le offerte presentate dai concorrenti, così come lo è la conoscenza del numero dei partecipanti, e in generale sono facoltative tutte le informazioni non individuate espressamente dalla norma né come obbligatorie, né come vietate; in ogni caso deve essere definito preliminarmente nel bando quali informazioni saranno disponibili ai partecipanti. Infine, è espressamente vietato che chi prende parte alla gara sia a conoscenza dell'identità degli altri partecipanti (così stabiliscono l'articolo 85 del Codice e il comma 3 dell'articolo 291 del regolamento attuativo). In definitiva, la gestione dell'informazione ha trovato una sistematizzazione normativa sufficientemente chiara e, fra i profili legati all'informatizzazione, è quello che ha una collocazione più organica, dal momento che il problema è affrontato unitariamente in un singolo passaggio della norma.

Un secondo ordine di problemi connessi all'uso del mezzo informatico, che vale sia per il sistema dinamico di acquisizione che per le aste elettroniche, è legato alla funzione del *software* come ausilio per l'assunzione della decisione da parte del soggetto appaltante. Nel caso delle aste elettroniche infatti non si ha più una commissione che decide in modo diretto; è il sistema informatico che "aggiudica". In verità, chiaramente, la commissione mantiene tutti i poteri decisionali che la legge le attribuisce: il *software* si limita ad eseguire istruzioni che dovrebbero corrispondere ai parametri discrezionalmente stabiliti dalla commissione²⁷.

Per un verso, dunque, la decisione è – ovviamente – sempre imputabile alla commissione, e il *software* dovrebbe apparire come un semplice strumento neutro rispetto al compiersi del processo decisionale (agendo sulla velocità, e non sui contenuti); per altro verso, però, l'intermediazione del sistema informatico comporta un problema di rigidità delle procedure: non tutti i parametri attraverso cui normalmente una commissione valuterebbe le offerte, infatti, possono essere trasposti nelle rigide istruzioni di un programma informatico: il *software*, per sua natura, esegue solo comandi basati su parametri oggettivi e riconducibili a valori numerici; ne consegue che, per esempio, le valutazioni che comportano giudizi estetici non possono essere affidate ad un *software*. Più in generale, da ciò consegue che non tutti i tipi di acquisti possono essere oggetto di procedure di scelta attivate attraverso sistemi elettronici.

Questo fatto non è stato ignorato dal legislatore; al contrario, è preso chiaramente in considerazione dalle direttive europee, e dalle conseguenti legislazioni nazionali di attuazione: ai sensi delle direttive, e della normativa italiana, infatti, l'asta elettronica

²⁷ Per un approfondimento relativo all'ampia problematica dell'automazione amministrativa si rimanda a D. MARONGIU, *L'attività amministrativa automatizzata*, Rimini, Maggioli, 2005.

può essere esperita esclusivamente nel caso in cui gli elementi di valutazione possono essere espressi in cifre o percentuali, escludendo quindi in particolar modo gli appalti per prestazioni intellettuali²⁸.

La normativa interna italiana conferma tale norma, all'articolo 85, comma 3, del Codice dei Contratti pubblici, quando dispone che "Le aste elettroniche possono essere utilizzate quando le specifiche dell'appalto possono essere fissate in maniera precisa e la valutazione delle offerte rispondenti alle specifiche definite nel bando di gara sia effettuabile automaticamente da un mezzo elettronico, sulla base di elementi quantificabili in modo tale da essere espressi in cifre o percentuali”.

Si può vedere quindi come un limite informatico divenga, sostanzialmente, un limite amministrativo, e come l'uso della tecnologia comporti la necessità di contemperare i vantaggi ad essa correlati con l'originarsi di nuove problematiche.

VIII. IL SOFTWARE E IL PROBLEMA DELLA TRASPARENZA

Il terzo e ultimo ordine di questioni collegate ai profili tecnologici merita un approfondimento particolare. Esso attiene al profilo della trasparenza, e può essere definito come “il problema della conoscibilità del *software*”. La sua origine risiede nel fatto che, nel momento in cui la procedura è gestita in via informatica, e i criteri adottati dalla commissione per effettuare l'aggiudicazione confluiscono in un *software*, quest'ultimo da un lato acquista una centralità assoluta nella procedura, ma da un altro lato, poiché per sua natura, è compilato in un linguaggio informatico non direttamente intellegibile ai più, viene a rappresentare qualcosa di “oscuro” per la collettività o, almeno, di interpretabile solo per interposta persona. Tende così ad emergere il rischio che il ricorso alla procedura automatizzata costituisca un ostacolo alla trasparenza amministrativa, e ciò può apparire paradossale nel momento in cui si riflette sul fatto che l'*e-procurement* nasce avendo alla sua stessa origine l'obiettivo, oltre che dell'efficienza, anche della trasparenza pubblica²⁹.

Anche in questo caso, come nei precedenti, è possibile individuare nella normativa un principio di soluzione al problema che tuttavia, nella circostanza in esame, appare indubbiamente parziale.

La premessa necessaria è che la questione si risolve agendo su due piani differenti. Anzitutto deve essere reso noto il contenuto del *software in sé*, ossia il codice sorgente

28 Sui profili problematici dell'e-procurement si veda D. LASTRAIOLO, *La disciplina delle aste elettroniche nell'ambito del Codice degli appalti*, in *Teutas*, Giovedì 01 Marzo 2007.

29 Si veda in proposito F.P. ANELLI, *E-procurement e outsourcing nella pubblica amministrazione*, cit., p. 1.

allo stato puro, in modo che possa essere eventualmente vagliato attraverso l'ausilio di tecnici informatici che possiedano le cognizioni necessarie per la sua lettura. In secondo luogo, però, poiché il contenuto del programma informatico è per sua natura, intrinsecamente, “poco trasparente” per i non-esperti, è importante che sia anche pubblicizzato il contenuto del *software* attraverso il linguaggio naturale. In altri termini, occorrerebbe un ruolo attivo dell'amministrazione nell'illustrare nel modo più ampio e completo possibile, in termini divulgativi, tutte le funzionalità del programma informatico.

Nella normativa vigente vi sono diversi passaggi che contengono disposizioni volte a garantire la conoscibilità di alcuni aspetti specifici della gara che sono oggetto di automazione. Anzitutto, l'articolo 85 del Codice dei contratti pubblici, fra i contenuti obbligatori del bando e del capitolato, inserisce, alla lettera *a*), “gli elementi i cui valori sono oggetto di valutazione automatica nel corso dell'asta elettronica”, e alla lettera *f*) “le informazioni riguardanti il dispositivo elettronico utilizzato, nonché le modalità e specifiche tecniche di collegamento”. Lo stesso articolo, al comma 8, dispone che “L'invito precisa, altresì, la formula matematica che determina, durante l'asta elettronica, le riclassificazioni automatiche in funzione dei nuovi prezzi o dei nuovi valori presentati”. Infine, il regolamento attuativo, all'articolo 296, conferma che devono essere resi pubblici “i parametri e le formule utilizzati dal sistema per produrre la graduatoria delle offerte con particolare riguardo, nel caso di procedimento con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, alle metodologie ed agli specifici parametri utilizzati per permetterne la valutazione”.

Certamente queste norme, pur rappresentando il segnale del fatto che il legislatore ha preso in considerazione la questione, appaiono scarse in relazione alla complessità del problema, e soprattutto, non lo affrontano in modo diretto. Per quanto si abbiano diverse disposizioni sulla conoscibilità di aspetti specifici contenuti nel *software*, ciò che manca è una disposizione generale sulla conoscenza complessiva del contenuto del programma informatico e sulla disponibilità diretta del codice-sorgente.

A ciò si aggiunge, come elemento fortemente critico, che le disposizioni ora osservate sono in una certa misura “arginate” da una norma che va nel senso opposto, privilegiando l'esigenza della segretezza del *software*, in relazione al fatto che esso possa essere coperto da copyright o segreto industriale. La norma in questione è l'articolo 294 del DPR n. 207 del 2010 che, nel disciplinare il diritto di accesso agli atti del processo di asta elettronica, prevede che “Sono escluse dal diritto di accesso le soluzioni tecniche ed i programmi per elaboratore utilizzati dalla stazione appaltante o dal gestore del sistema informatico ove coperti da diritti di privativa intellettuale”. La norma quindi limita fortemente la conoscibilità del programma per elaboratore, in ossequio al diritto d'autore e alla proprietà intellettuale. In mancanza di specificazione, ciò dovrebbe riguardare sia il programma in codice sorgente che la sua “traduzione” in

linguaggio naturale.

Il punto nodale è effettivamente costituito dalla possibilità stessa che sia previsto l'uso di un *software* coperto da *copyright*. Nel contesto attuale infatti è noto che al diritto d'autore è possibile contrapporre il regime giuridico del *software* libero e dell'*open source*, ossia di una tipologia di licenza che prevede, da un lato, la libera riproducibilità (e gratuità) del programma informatico e, dall'altro lato – per l'aspetto che qui più interessa – la totale conoscibilità dei suoi contenuti³⁰. Occorre dunque avviare una riflessione sull'opportunità che nel caso delle gare pubbliche l'*open source* non costituisca solamente un'opzione – come attualmente prevede l'ordinamento³¹ – ma una divenga una necessità, un qualcosa di connaturato ad un procedimento che sembra richiederlo nella sua stessa essenza, nel momento in cui è denominato “ad evidenza pubblica”.

IX. BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

F.P. ANELLI, *E-procurement e outsourcing nella pubblica amministrazione*, in *Astrid Rassegna*, n°. 12, 2005.

D. BROGGI (a cura di), *Consip : una novità nella pubblica amministrazione*, Milano, F. Angeli, 2006.

A.M. BUONGIOVANNI, F. MARZANO, *Storia dell'open source nella Pubblica Amministrazione italiana*, in *Informatica e diritto*, 2008, p. 389 e ss.

E. CAPASSO, *Le società partecipate tra funzione e struttura rivestita: Il T.A.R. Lazio prende posizione affermando la natura pubblicistica di Consip S.P.A.*, in *Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana*, 2009, p. 763.

R. CAVALLO PERIN, G.M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Diritto amministrativo*, 2010, p. 325.

R. DE NICTOLIS, *Contratti pubblici di lavori, servizi e forniture: le novità nella legge*

30 Per un approfondimento sulle tematiche legate all'open source in ambito pubblico si veda A.M. BUONGIOVANNI, F. MARZANO, *Storia dell'open source nella Pubblica Amministrazione italiana*, in *Informatica e diritto*, 2008, p. 389 e ss.

31 Il riferimento è all'articolo 68 del Decreto Legislativo n. 82 del 2005, il Codice dell'amministrazione digitale, il quale obbliga le amministrazioni, prima dell'acquisizione di un *software*, ad effettuare un'analisi comparativa delle soluzioni, valutando quattro opzioni: il *software* proprietario su licenza, il *software* commissionato *ad hoc*, il riuso di *software* già commissionato da altre amministrazioni pubbliche, o il ricorso a *software open source*. Per un commento a tale norma si veda A. Pioggia, *commento al capo VI del decreto legislativo n. 82 del 2005* in E. CARLONI (a cura di), *Codice dell'amministrazione digitale*, Rimini, Maggioli, 2005.

finanziaria 2007, in *Urbanistica e appalti*, 2007, p. 296.

L. FIORENTINO, *Il modello Consip nella finanziaria per il 2008. Commento alla Legge 24 dicembre 2007, n. 244*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2008, p. 483

C. GIURDANELLA, E. GUARNACCIA, *Il rapporto tra appalti pubblici e informatica alla luce del Codice Contratti*, in *Informatica e diritto*, 2008, p. 319.

M. IASELLI, *L' e-procurement. L'acquisizione di beni e servizi della p.a. nel quadro del piano di e-government*, Napoli, Liguori, 2005.

D. LASTRAIOLO, *La disciplina delle aste elettroniche nell'ambito del Codice degli appalti*, in *Teutas*, Giovedì 01 Marzo 2007.

F. MANGIARACINA, *Gli appalti telematici. Profili teorici ed operativi dell'e-procurement*, Roma, Dike, 2008.

D. MARRAMA, *Le aste elettroniche tra semplificazione ed efficienza*, in *Nuove autonomie*, 2008, p. 703.

L. MINGANTI, *Gli acquisti delle amministrazioni tramite convenzioni quadro: il modello Consip (L. 30 luglio 2004, n. 191 e D.P.C.M. 11 novembre 2004, n. 325). Parte seconda: la versione vigente del modello Commento a l. 30 luglio 2004, n. 191; d.p.c.m. 11 novembre 2004, n. 325)*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2006, p. 187.

F. MINOTTI, *Appalti pubblici e accordi quadro stipulati da centrali di committenza*, commento all'art. 33 del Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 63, in C. GIURDANELLA (a cura di), *Il codice dei contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2007.

U. MONTELLA, *Le centrali di committenza come mezzo di razionalizzazione degli acquisti*, Sassari, 2007, consultabile all'indirizzo http://www.uniss.it/documenti//convegnoSAD_2007_Montella.pdf.

J.A. MORENO MOLINA, *Administración electrónica y contratación pública*, in J.L. PIÑAR MAÑAS (a cura di), *Administración electrónica y ciudadanos*, Editorial Civitas, 2011

L. PICCI, *Dal "Modello Consip" ad un "Sistema di procurement nazionale"* in L. FIORENTINO (a cura di), *Lo Stato compratore. L'acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*, Il Mulino, Bologna, 2007.

A. PIOGGIA, *commento al capo VI del decreto legislativo n. 82 del 2005* in E. CARLONI (a cura di), *Codice dell'amministrazione digitale*, Rimini, Maggioli, 2005.

A. TANCREDI, *Appalti elettronici e aste on line nell'impianto normativo e nelle esperienze concrete*, in *Giustizia amministrativa*, 2009, p. 149.

M. URBANI, *Evoluzione della normativa generale in materia di convenzioni Consip*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2006, p. 1227.

P. VALCARCÉL FERNÁNDEZ, *De los documentos y los archivos electrónicos*, in in J.L. PIÑAR MAÑAS (a cura di), *Administración electrónica y ciudadanos*, Editorial Civitas, 2011.