

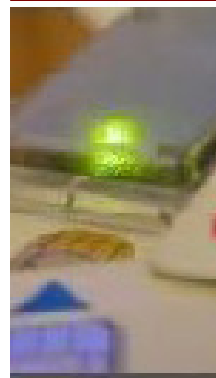
Fabio Bravo

**APPALTI PUBBLICI PER LA
FORNITURA DI BEI E SERVIZI
NEL SETTORE «ICT» E
APPALTI PUBBLICI
ELETTRONICI**

(alla luce del d.lgs. 163/2006)



3



e-book

© 2006-2009 Fabio Bravo – L'Autore, che è titolare dei diritti esclusivi, rilascia la presente opera sotto licenza Creative Commons 2.5, Italy (attribuzione, non commerciale, non opere derivate)



L'opera, oggetto di attività di ricerca presso l'Università di Bologna, può essere citata nel seguente modo:

F. BRAVO, *Appalti pubblici per la fornitura di beni e servizi nel settore «ICT» e appalti pubblici elettronici (alla luce del d.lgs. 163/2006)*, Bologna, 2006, in www.fabiobravo.it (*e-book* n. 3).

www.fabiobravo.it

L'AUTORE

FABIO BRAVO, Avvocato, Fondatore e Partner dello «Studio Legale Bravo - ICT Law Firm» (www.studiolegalebravo.it), si occupa di Diritto delle nuove tecnologie (Information and Communication Technology Law - ICT Law). È Professore aggregato e Ricercatore all'Università di Bologna, nonché Dottore di Ricerca (Ph.D.) in «Informatica giuridica e diritto dell'informatica». Docente al Master in «Diritto delle nuove tecnologie e informatica giuridica» all'Università di Bologna ed al Master in «Diritto Privato Europeo» all'Università di Roma La Sapienza, è Autore di numerose pubblicazioni scientifiche.

L'OPERA

La presente opera, aggiornata al mese di dicembre del 2006, costituisce il risultato dell'attività di ricerca condotta presso il CIRSIFID dell'Università di Bologna (www.cirsfid.unibo.it) nell'ambito del Progetto di ricerca di rilevante interesse nazionale cofinanziato dal M.U.R.S.T. (PRIN2003-2005) avente per oggetto «Il cittadino elettronico e l'identità digitale nell'e-government» (Unità di coordinamento nazionale: Università di Bologna; Coordinatore nazionale Prof. Enrico Pattaro).

*A Colui a cui affido le mie speranze
per ciò su cui nulla posso*

Indice

Capitolo Primo

Il riassetto normativo nel settore degli appalti pubblici.
Dalle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE al nuovo
Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture
(d.lgs. 163/2006) e ss.mm.ii. 1

Capitolo Secondo

Centralità del ruolo del responsabile unico della
procedura di affidamento e di esecuzione dei contratti
pubblici di lavori, servizi e forniture,
ex art. 10 d.lgs. 163/2006 7

Capitolo Terzo

Le linee guida del CNIPA sulla qualità dei beni e dei
servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti
della pubblica amministrazione. La norma EN ISO
9001:2000, gli appalti pubblici di forniture ICT ed il
«governo» dei contratti 11

Capitolo Quarto

«Contratti misti», tipo ed oggetto contrattuale. Strategie di
acquisizione e tecniche di redazione contrattuale
mediante l'utilizzo delle «classi di forniture» e delle
«istanze» 23

Capitolo Quinto

Le procedure per l'individuazione degli offerenti e per la selezione delle offerte	49
---	----

Capitolo Sesto

I sistemi dinamici di acquisizione	55
------------------------------------	----

Capitolo Settimo

L'asta elettronica	61
--------------------	----

Capitolo Ottavo

Gli appalti pubblici elettronici nel Piano di Azione della Commissione delle Comunità europee	67
--	----

<i>Bibliografia</i>	73
---------------------	----

CAPITOLO PRIMO

IL RIASSETTO NORMATIVO NEL SETTORE DEGLI APPALTI PUBBLICI. DALLE DIRETTIVE 2004/17/CE E 2004/18/CE AL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE (D.LGS. 163/2006) E SS.MM.II.

Le istituzioni comunitarie hanno soffermato da tempo la loro attenzione sul settore degli appalti pubblici ¹.

In tempi relativamente recenti sono state emanate, com'è noto, le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE ², le quali hanno avuto il merito di gettare le basi per la creazione di un *corpus* normativo unitario per gli appalti di lavori, servizi e forniture, dapprima disseminato in numerosi testi, taluni dei quali risalenti anche a un secolo e mezzo fa ³.

Con la legge comunitaria 2004 (legge n. 62/2005), il Parlamento italiano, in ossequio agli obblighi comunitari, ha infatti delegato il Governo a recepire le direttive dianzi richiamate, cogliendo l'occasione per l'emanazione di un testo organico, che regolamentasse la disciplina

¹ Per un iniziale inquadramento della tematica degli appalti nel contesto comunitario e nelle norme italiane di recepimento si rinvia alle pregevoli osservazioni di D. CONSERVA, *L'appalto*, in N. LIPARI (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo, IV. Singoli contratti. La responsabilità civile. Le forme di tutela*, 2006, pp. 333 e ss.

² Sulle direttive comunitarie 2004/17/CE e 2004/18/CE si rimanda alle opere di L. FIORENTINO-C. LACAVA (a cura di), *Le nuove direttive europee sugli appalti pubblici*, Milano, 2004; G. GAROFOLI-M.A. SANDULLI, *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria 62/2005*, Milano, 2005; S. BANDINI ZANIGNI, *Appalti pubblici di forniture e servizi secondo la Direttiva n. 2004/18/CE*, Torino, 2006; M. GRECO-A. MASSARI, *Le nuove direttive comunitarie sugli appalti pubblici*, Rimini, 2006; D. SPINELLI-F. PETULLÀ-M.A. PORTALURI, *Guida alle nuove direttive appalti*, Milano, 2004.

³ Cfr. M. GRECO-A. MASSARI, *Il nuovo codice dei contratti pubblici. Commento al D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, così come modificato dal D.L. 12 maggio 2006, n. 173, convertito in Legge 12 luglio 2006, n. 228*, Rimini, 2006, p. 10, i quali annotano che «si è voluto mettere ordine in quasi 150 anni di stratificazione normativa e in oltre cinquanta testi disciplinanti la materia dei contratti della p.a.».

degli appalti e delle concessioni, sopra e sotto soglia comunitaria, nel rispetto dei principi di semplificazione, riduzione dei tempi e flessibilità nell'uso degli strumenti giuridici.

Si è avuta, dunque, l'emanazione del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, noto come «*Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*», sottoposto immediatamente a modifiche e destinato a subire ulteriori correzioni⁴.

La relazione illustrativa che accompagna il Codice dei contratti pubblici si sofferma abbondantemente ad illustrare la portata del nuovo assetto normativo, sin dalle direttive comunitarie. Al riguardo viene ivi precisato che «Prima delle direttive 2004/17 e 2004/18, il diritto comunitario disciplinava con quattro distinte direttive gli appalti e concessioni di lavori, servizi, forniture, nonché gli appalti e concessioni di lavori, servizi e forniture nel c.d. settori esclusi. La direttiva 2004/18 unifica la disciplina degli appalti e concessioni di lavori, servizi, forniture nei "settori ordinari" (vale a dire tutti, tranne quelli c.d. esclusi, che sono disciplinati dalla direttiva 2004/17, e tranne quelli eccettuati da entrambe le direttive, quali ad es., gli appalti segreti), mentre la direttiva 2004/17 disciplina gli appalti e concessioni di lavori, servizi e forniture nei settori c.d. "esclusi" (recte: ex esclusi), e che si possono definire "settori speciali" (gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali, sfruttamento di area geografica). La direttiva 2004/18 e la direttiva 2004/17 riproducono, in buona parte, le direttive precedenti, con aggiustamenti formali; per un'altra parte, più ridotta, le direttive introducono nuovi istituti e strumenti, volti a rendere più flessibile e moderna l'attività contrattuale della pubblica amministrazione, e al tempo stesso, volti a meglio garantire sia la concorrenza, sia le esigenze sociali e ambientali che spesso sono toccate dall'attività contrattuale pubblica».

Nell'evidenziare le novità, la citata relazione accompagnatoria al Codice dei contratti pubblici rimarca che sono da annoverare tra i «nuovi strumenti contrattuali e mezzi di modernizzazione:

⁴ Cfr., sul punto, M. GRECO-A. MASSARI, *Il nuovo codice dei contratti pubblici. Commento al D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, così come modificato dal D.L. 12 maggio 2006, n. 173, convertito in Legge 12 luglio 2006, n. 228*, cit., pp. 12 e ss., ai quali si rinvia anche per la ricostruzione delle modifiche normative intervenute successivamente all'emanazione del medesimo D.Lgs. 163/2006.

- nuovi meccanismi di affidamento dei contratti, quali l'accordi quadro, il sistema dinamico di acquisizione, il dialogo competitivo, la contrattazione tramite centrali di committenza;

- la previsione che l'appalto di lavori possa avere ad oggetto sia la sola esecuzione, che la esecuzione e progettazione, che la realizzazione on qualsiasi mezzo;

- l'utilizzo di strumenti informatici, sia per le pubblicazioni e comunicazioni (v. la pubblicazione di avvisi e capitolati sul c.d. profilo di committente, che è il sito informativo della stazione appaltante, la trasmissione di bandi e avvisi alla Comunità europea per via elettronica), sia per l'attività di contrattazione (v. le aste elettroniche)».

Vengono poi annoverati tra i «nuovi mezzi di garanzia della concorrenza:

- un maggiore rigore nella predeterminazione dei criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa;

- un più articolato contraddittorio nella fase di verifica delle offerte anomale;

- il principio di equivalenza delle specifiche tecniche inerenti le prestazioni contrattuali (...).

L'introduzione del d.lgs. 163/2006, nel recepire le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, ha portato nel nostro ordinamento giuridico significative innovazioni in materia di appalti rispetto all'ordinamento previgente, costringendo le stazioni appaltanti e gli operatori economici a confrontarsi con nuovi strumenti.

Le novità, si noti, hanno interessato in modo particolare anche gli appalti di forniture e di servizi, la cui disciplina risulta ridelineata, al pari degli appalti sui lavori pubblici ⁵.

⁵ Per una rassegna delle novità introdotte nel Codice dei contratti pubblici di lavori, forniture e servizi cfr. R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice degli appalti pubblici. Le principali novità recate dal Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163*, Roma, 2006, ove le novità vengono raggruppate per aree tematiche, secondo la seguente schematizzazione: *a)* novità in materia di fonti di disciplina; *b)* novità in materia di vigilanza sui pubblici appalti; *c)* novità in materia organizzativa; *d)* novità in materia di accesso; *e)* novità in materia di contratti misti; *f)* novità in materia di contratti esclusi dall'applicazione del codice; *g)* novità in materia di ambito oggettivo (tipologia dei contratti, soglie, concessione di servizi); *h)* novità in materia di ambito soggettivo; *i)* novità in materia di qualificazione e soggetti ammessi alle gare; *l)* novità in materia di

Si pensi, ad esempio, all'estensione dei poteri, delle funzioni e delle competenze dell'allora «Autorità di vigilanza sui lavori pubblici», ora significativamente ridenominata «Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture».

Vi sono poi delle novità ulteriori per quanto concerne la procedimentalizzazione delle fasi di aggiudicazione (provvisoria e definitiva) e di successiva necessaria stipulazione del contratto di appalto, che contraddicono l'originaria previsione di cui all'art. 16, co. 4, del R.D. 18 novembre 1923 n. 2440, in forza del quale «I processi verbali di aggiudicazione definitiva, in seguito ad incanti pubblici o a private licitazioni, equivalgono per ogni legale effetto al contratto»⁶.

procedure di affidamento; *m*) novità in materia di pubblicità e termini; *n*) novità in materia di criteri di selezione delle offerte; *o*) novità in materia di offerte anomale; *p*) novità in materia di progettazione; *q*) novità in materia di esecuzione, di direzione dell'esecuzione e dei lavori e di collaudo; *r*) novità in materia di concessioni di lavori pubblici; *s*) novità in materia di appalti sotto soglia; *t*) novità in materia di appalti della Difesa; *u*) novità in materia di appalti relativi ai beni culturali; *v*) novità (limitate) in materia di *project financing* e infrastrutture strategiche; *z*) novità nei settori speciali; *aa*) novità in tema di contenzioso.

⁶ Il principio secondo cui «l'aggiudicazione vale contratto» è stato pressoché costantemente affermato anche in giurisprudenza. La dottrina però, riflettendo proprio sulle posizioni giurisprudenziali, con riferimento all'impianto normativo previgente al Codice dei contratti pubblici, aveva ammonito che occorre fare dei distinguo, giacché «Quando per la scelta del contraente sia stato seguito il sistema dei pubblici incanti o quello della licitazione privata, poiché il contenuto dell'accordo fra la pubblica amministrazione e il privato è determinato già in sede di aggiudicazione, il vincolo giuridico dell'appalto sorge da questa e non dalla successiva stipulazione (cfr. Cass., 4 marzo 1987, n. 2255; Cass., Sez. un., 20 febbraio 1985, n. 1507; Cons. Stato, Sez. VI, 20 febbraio 1987, n. 63; TAR Lazio, Sez. II, 22 novembre 1990, n. 2077). La stipulazione, nei peculiari sistemi di scelta del contraente ora detti, ha dunque funzione solamente riproduttiva della dichiarazione di volontà espressa dalle parti all'atto dell'aggiudicazione, e si giustifica con l'esigenza di compendiare documentalmente un'entità contrattuale che è già definitiva (Cass., 13 giugno 1990, n. 5771). Peraltro è ben possibile che le parti, nell'ambito della loro autonomia negoziale, intendano rinviare la costituzione del rapporto proprio al momento della stipulazione (per esempio, ove ciò sia consigliato dalla complessità del rapporto medesimo, tale da richiedere la redazione di un contratto formale particolarmente dettagliato). In tal caso, tuttavia, il bando d'asta o l'invito alla licitazione debbono contenere un espresso invito in tal senso (Cass., 16 gennaio 1987, n. 292; Cons. Stato, Sez. V, 12 giugno 1987, n. 380). Quando per la scelta del contraente sia stato invece seguito il sistema dell'appalto concorso o quello della trattativa privata, la

Significative novità sono state introdotte anche con riguardo all'utilizzo di sistemi elettronici per la gestione del procedimento, con riferimento, in particolare, ai c.d. «sistemi dinamici di acquisizione», all'«asta elettronica» ed all'uso di strumenti telematici per comunicazioni ed avvisi, nonché al c.d. «profilo del committente», ossia al sito informatico della stazione appaltante su cui vengono pubblicati gli atti e le informazioni rilevanti in materia di appalti e concessioni di lavori, forniture e servizi.

Si pensi poi, sempre a titolo di esempio, all'introduzione della figura del «Responsabile delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture», unico per le fasi della progettazione, dell'affidamento e dell'esecuzione, previsto ora espressamente all'art. 10 del d.lgs. 163/2006 anche al di là del settore dei lavori pubblici.

Proprio muovendo dalla centralità di tale figura, è possibile tracciare un discorso che, con particolare riferimento al settore degli appalti pubblici ICT, innovi in maniera profonda l'atteggiamento della stazione appaltante con riguardo alla *governance* di tutte le fasi di interesse nella gestione degli appalti pubblici, dalla scelta strategica delle forniture o dei servizi ICT fino alla verifica del corretto adempimento posto in essere dall'aggiudicatario-contraente.

stipulazione assume un significato diverso e più pregnante nell'economia dei rapporti fra pubblica amministrazione e privato, poiché le deliberazioni adottate dalla prima hanno mera efficacia di presupposto per la formazione del contratto, ma non possono integrare o sostituire quest'ultimo (Cons. Stato, Sez. VI, 22 aprile 1989, n. 474; TAR Puglia, Bari, Sez. I, 7 ottobre 1991, n. 401; TAR Lazio, Sez. III, 16 novembre 1985, n. 1863). La diversa funzione della stipulazione è anche qui il riflesso delle peculiari caratteristiche del sistema seguito per addivenire alla scelta del contraente privato». Cfr. M. SANINO, *L'attività contrattuale della P.A.*, in P. FALCONE-A. POZZI (a cura di), *Il diritto amministrativo nella giurisprudenza*, Torino, 1998, vol. I, p. 271. Attualmente l'art. 11 del Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (d.lgs. 163/2006) è chiaro nel pretendere la stipulazione del contratto a seguito dell'espletamento delle procedure di affidamento per l'individuazione dei soggetti offerenti mediante uno dei sistemi previsti dal Codice medesimo, senza distinzione tra i diversi sistemi contemplati. In ogni caso è il contratto ad avere un effetto costitutivo (e non ricognitivo) del vincolo contrattuale sorto tra stazione appaltante e appaltatore.

CAPITOLO SECONDO

CENTRALITÀ DEL RUOLO DEL RESPONSABILE UNICO
DELLA PROCEDURA DI AFFIDAMENTO E DI ESECUZIONE
DEI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E
FORNITURE, EX ART. 10 D.LGS. 163/2006

Novità di indiscusso rilievo è la previsione di un responsabile unico per la procedura di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici anche per gli appalti di forniture e di servizi, rilevanti in ambito ICT.

La figura del responsabile unico, infatti, era stata istituita dall'art. 7 della L. 109/1994 solamente per i lavori pubblici, mentre per i servizi e per le forniture l'art. 6, co. 2, della L. 537/1993 si limitava a stabilire che «le amministrazioni dello Stato individuano, sulla base di specifiche competenze ed esperienze professionali, dirigenti responsabili delle acquisizioni di beni e servizi»⁷.

Nell'attuale assetto normativo, l'art. 10 del Codice dei contratti pubblici, rubricato «*Responsabile delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*», la disciplina viene ridelineata, con espresso richiamo all'art. 7 della l. 241/90. All'art. 10, co. 1, del Codice, infatti, si trova statuito che «Per ogni singolo intervento da realizzarsi mediante un contratto pubblico, le amministrazioni aggiudicatrici nominano, ai sensi della l. 7 agosto 1990, n. 241, un responsabile del procedimento, unico per le fasi della progettazione, dell'affidamento, dell'esecuzione», precisandosi, al successivo co. 2, che «Il responsabile del procedimento svolge tutti i compiti relativi alle procedure di affidamento previste dal presente codice, ivi compresi gli affidamenti in economia, e alla vigilanza sulla corretta esecuzione dei contratti, che non siano specificamente attribuiti ad altri organi o soggetti».

⁷ R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice degli appalti pubblici. Le principali novità recate dal Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163*, cit., p. 52.

Una distinzione permane tra lavori, da una parte, e forniture e servizi, dall'altra parte, giacché nel primo caso «viene confermata la scelta della Merloni del responsabile unico, che deve essere un tecnico»⁸ dotato comunque di titolo di studio e competenza adeguati ai compiti che andrà a svolgere, mentre «Per i servizi e forniture, pur optandosi per il responsabile unico, non si esige che sia un tecnico, ma solo che possieda titolo di studio e competenza adeguati in relazione ai compiti per cui è nominato»⁹.

Vale poi il principio secondo cui, per le amministrazioni aggiudicatrici, il responsabile unico deve essere nominato tra i dipendenti di ruolo, salva l'eccezione contemplata nel co. 7 dell'art. 10 cit., ove si rimarca che «Nel caso in cui l'organico delle amministrazioni aggiudicatrici presenti carenze accertate o in esso non sia compreso nessun soggetto in possesso della specifica professionalità necessaria per lo svolgimento del procedimento, secondo quanto attestato dal dirigente competente, i compiti di supporto all'attività del responsabile del procedimento possono essere affidati, con le procedure previste dal presente codice per l'affidamento di incarichi di servizi, ai soggetti aventi le specifiche competenze di carattere tecnico, economico-finanziario, amministrativo, organizzativo, e legale, che abbiano stipulato adeguata polizza assicurativa a copertura dei rischi professionali».

Diverso è il discorso per le stazioni appaltanti che non sono pubbliche amministrazioni e enti pubblici, giacché per loro l'art. 10, co. 9, del Codice prevede che, «in conformità ai principi della l. 7 agosto 1990, n. 241, individuano, secondo i propri ordinamenti, uno o più soggetti cui affidare i compiti propri del responsabile del procedimento, limitatamente al rispetto delle norme del presente codice alla cui osservanza sono tenuti».

I compiti di dettaglio assegnati dal responsabile sono tracciati, salvo ulteriore esplicitazione in prossimi regolamenti attuativi, nell'art. 10, co. 3, del Codice, ai sensi del quale «il responsabile del procedimento, oltre ai compiti specificamente previsti da altre disposizioni del presente codice:

⁸ R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice degli appalti pubblici. Le principali novità recate dal Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163*, cit., p. 52.

⁹ R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice degli appalti pubblici. Le principali novità recate dal Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163*, cit., p. 52.

a) formula proposte e fornisce dati e informazioni al fine della predisposizione del programma triennale dei lavori pubblici e dei relativi aggiornamenti annuali, nonché al fine della predisposizione di ogni altro atto di programmazione di contratti pubblici di servizi e di forniture, e della predisposizione dell'avvio di preinformazione;

b) cura, in ciascuna fase di attuazione degli interventi, il controllo sui livelli di prestazione in coerenza alla copertura finanziaria e ai tempi di realizzazione dei programmi;

c) cura il corretto e razionale svolgimento delle procedure;

d) segnala eventuali disfunzioni, impedimenti, ritardi nell'attuazione degli interventi;

e) accerta la libera disponibilità di aree e immobili necessari;

f) fornisce all'amministrazione aggiudicatrice i dati e le informazioni relativi alle principali fasi di svolgimento dell'attuazione dell'intervento, necessari per l'attività di coordinamento, indirizzo e controllo di sua competenza;

g) propone all'amministrazione aggiudicatrice la conclusione di un accordo di programma, ai sensi delle norme vigenti, quando si rende necessaria l'azione integrata e coordinata di diverse amministrazioni;

h) propone l'indizione, o, ove competente, indice la conferenza di servizi, ai sensi della l. 7 agosto 1990, n. 241, quando sia necessario o utile per l'acquisizione di intese, pareri, concessioni, autorizzazioni, permessi, licenze, nulla osta, assensi, comunque denominati».

Il responsabile del procedimento, proprio in quanto responsabile unico per le fasi di progettazione, affidamento ed esecuzione, anche per le forniture e per i servizi, riveste un ruolo centrale nella gestione degli appalti, essendo soggetto chiave per l'efficienza della pubblica amministrazione, consentendo la più agevole transizione da una gestione per materia ad una gestione unitaria e manageriale, per progetti e, dunque, per obiettivi e risultati. Sul punto si è detto che «In materia di appalti pubblici, l'assegnazione allo stesso dirigente della responsabilità unitaria del complesso procedimento di gara, lungi dal configgere con l'art. 97 Cost., che imporrebbe una distinzione tra controllato e controllore, si rivela, invece, coerente con il disegno politico del legislatore (agevolmente ravvisabile nella produzione normativa degli ultimi dieci anni in materia)

di riservare ai dirigenti compiti manageriali, caratterizzati dalla diretta responsabilità in merito al raggiungimento degli obiettivi dell'ente, alla correttezza ed efficienza dell'azione amministrativa e al conseguimento dei risultati di gestione, e di escludere l'organo di indirizzo politico da ogni ipotesi di responsabilità in ordine alla legittimità dell'esercizio di compiti di amministrazione attiva (TAR Toscana, sez. II, sentenza 9 aprile 2004, n. 1296)»¹⁰.

¹⁰ M. GRECO-A. MASSARI, *Il nuovo codice dei contratti pubblici. Commento al D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, così come modificato dal D.L. 12 maggio 2006, n. 173, convertito in Legge 12 luglio 2006, n. 228*, cit., p. 63.

CAPITOLO TERZO

LE LINEE GUIDA DEL CNIPA SULLA QUALITÀ DEI BENI E DEI SERVIZI ICT PER LA DEFINIZIONE ED IL GOVERNO DEI CONTRATTI DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE. LA NORMA EN ISO 9001:2000, GLI APPALTI PUBBLICI DI FORNITURE ICT ED IL «GOVERNO» DEI CONTRATTI

L'esigenza di radicale rinnovamento della P.A. ha portato, nel settore informatico, all'elaborazione delle *«Linee guida del CNIPA sulla qualità dei beni e dei servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti della Pubblica Amministrazione»*, elaborate dal CNIPA e recentissimamente aggiornate in occasione dell'entrata in vigore del *«Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture»*¹¹.

Gli obiettivi che si sono voluti perseguire con l'emanazione delle Linee Guida sono ambiziosi ed articolati.

In primo luogo si è inteso definire un solido quadro di riferimento per l'appalto di servizi nel settore ICT da parte della amministrazioni pubbliche.

In secondo luogo si sono voluti individuare metodi quantitativi che dovranno essere applicati per «definire misure di qualità ed identificare

¹¹ Le Linee Guida in parola, frutto della concertazione tra il CNIPA e le diverse associazioni di categoria dei fornitori di servizi operanti nel settore dell'ICT, sono reperibili sul sito istituzionale del CNIPA medesimo, all'indirizzo www.cnipa.gov.it. Si compongono di sette parti, ciascuna costituita da un autonomo documento denominato «Manuale». I sette manuali che compongono le Linee Guida sono intitolati rispettivamente: 1) «Presentazione e utilizzo delle Linee Guida» (Manuale d'uso); 2) «Strategie di acquisizione delle forniture ICT» (Manuale applicativo); 3) «Appalto pubblico di forniture ICT» (Manuale applicativo); 4) «Dizionario delle forniture ICT» (Manuale operativo); 5) «Esempi di applicazione» (Manuale applicativo); 6) «Modelli per la qualità delle forniture ICT» (Manuale di riferimento); 7) «Governo dei contratti ICT» (Manuale operativo).

processi di misura, allo scopo di fornire indicazioni concrete, pragmatiche, immediatamente applicabili, sia alle amministrazioni appaltanti che ai fornitori offerenti»¹².

In terzo luogo, le Linee Guida si propongono di intervenire sulla parte normativa dei contratti di appalto ICT e, più precisamente, di definire le clausole a cui si può utilmente ricorrere nella fase della «negoziazione, per la definizione di capitolati e contratti pubblici per la fornitura di beni e servizi nel settore ICT, relative alla descrizione delle attività da prevedersi contrattualmente, ai prodotti che dette attività realizzano (deliverables contrattuali), agli indicatori e misure di qualità da riferirsi sia alle attività che ai prodotti»¹³.

Sempre in ambito contrattuale le Linee Guida si prefiggono anche, in quarto luogo, di definire quelle clausole che risultano utili nella fase di attuazione dei contratti ICT, le quali si risolvono in efficaci strumenti per la «necessaria azione di governo del contratto e lo svolgimento del monitoraggio per la verifica del rispetto dei requisiti contrattuali in termini di tempi, costi e stato avanzamento lavori, quantità e qualità dei servizi ICT richiesti»¹⁴.

Il processo di ammodernamento della P.A., che costituisce fattore determinante per l'efficienza dell'azione amministrativa e per l'innalzamento del livello di competitività del Paese, transita necessariamente attraverso il migliore *governo* delle procedure di appalto per la fornitura di beni e servizi ICT.

A tal riguardo le Linee Guida presentano una scelta chiara ed univoca, concentrando l'attenzione sugli standard di qualità previsti dalla norma EN ISO 9001:2000, nonché sulla contrattualizzazione di tali

¹² CNIPA, *Linee guida sulla qualità dei beni e dei servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti della Pubblica Amministrazione. Presentazione ed utilizzo delle Linee Guida*, Manuale n. 1, vers. 1.2 del 15 dicembre 2005, p. 3.

¹³ CNIPA, *Linee guida sulla qualità dei beni e dei servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti della Pubblica Amministrazione. Presentazione ed utilizzo delle Linee Guida*, Manuale n. 1, cit., p. 3.

¹⁴ CNIPA, *Linee guida sulla qualità dei beni e dei servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti della Pubblica Amministrazione. Presentazione ed utilizzo delle Linee Guida*, Manuale n. 1, cit., p. 3.

norme, che vanno a formare un regime giuridico con cui gestire e governare la fornitura ICT.

Il cambiamento di prospettiva è piuttosto significativo.

Al di là delle indicazioni tempo addietro fornite dall'AIPA con la Circolare n. 49/2000, intitolata «*Regole tecniche e criteri operativi per l'utilizzo della certificazione EN ISO 9000 nell'appalto di contratti relativi a progettazione, realizzazione, manutenzione, gestione e conduzione operativa dei sistemi informativi automatizzati*», per le Linee Guida anche i procedimenti amministrativi devono essere apprezzati alla stregua del processo di qualità secondo la norma EN ISO 9001:2000 sopra citata. Al riguardo ivi si legge testualmente che «Nel linguaggio della norma rappresentare e razionalizzare i propri procedimenti amministrativi significa progettare, in un'ottica orientata ai processi e, successivamente gestire un sistema qualità dell'amministrazione (...)»¹⁵.

L'aspetto più delicato negli appalti pubblici ICT è connesso alla spesso necessaria esternalizzazione di attività che, in contesti di tipo tradizionale, vengono svolte con risorse interne all'amministrazione. I rischi affrontati dall'ente appaltante sono davvero considerevoli sotto molteplici profili (strategico, organizzativo, economico ed operativo, salvo altri) e vengono risolti, nella soluzione prospettata dalle Linee Guida, attraverso un adeguato «governo dei contratti» di appalto¹⁶.

¹⁵ CNIPA, *Linee guida sulla qualità dei beni e dei servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti della Pubblica Amministrazione. Presentazione ed utilizzo delle Linee Guida*, Manuale n. 1, cit., p. 8.

¹⁶ CNIPA, *Linee guida sulla qualità dei beni e dei servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti della Pubblica Amministrazione. Presentazione ed utilizzo delle Linee Guida*, Manuale n. 1, cit., pp. 9 e 10. Segnatamente viene ivi precisato che «l'attenzione deve concentrarsi sulla delega operativa dei servizi ICT che una amministrazione concede ad un fornitore (outsourcée), ovvero sul demandare all'esterno ciò che tradizionalmente si usava fare all'interno, cosa di cui si parla negli ultimi anni in termini di outsourcing (esternalizzazione). (...). Questo passaggio di attività dal cliente [sott. «amministrazione»] al fornitore è estremamente delicato per i rischi strategici, organizzativi, economici ed operativi che comporta, e, al tempo stesso, ha delle fortissime rilevanze di impatto organizzativo sulla struttura del cliente. Per questi motivi, dal punto di vista del cliente, specificatamente nel caso in cui questo cliente sia una pubblica amministrazione, il problema che si pone al centro dell'attenzione nell'utilizzo di una strategia di acquisizione basata sull'esternalizzazione dei servizi ICT è quello del buon governo dei contratti per la progettazione, lo sviluppo e la gestione di sistemi informativi». Il testo tra

Il ruolo affidato ai contratti di appalto nel settore ICT diventa fondamentale.

Per il CNIPA, infatti, tali contratti non solo «evidenziano una rilevanza strategica nel dover presidiare, in modo cooperativo tra amministrazione e fornitore, l'interessa delle prestazioni sui diversi piani interpretativi dei contenuti, dei costi, della qualità, delle responsabilità»¹⁷, ma assumono al contempo anche una «rilevanza operativa nel pianificare, regolamentare e controllare le prestazioni concordate tra l'amministrazione, utente dei servizi, ed il fornitore, erogatore dei servizi; in questo modo il controllo è l'unico mezzo utile ad eliminare le possibili ambiguità tra le parti prima che queste effettivamente si presentino»¹⁸.

Per altro verso, i contratti di appalto nel settore ICT sono considerati, nella ricostruzione del CNIPA, «l'elemento essenziale, presupposto ineliminabile per garantire il raggiungimento degli obiettivi prefissati dall'amministrazione, trasversale a tutte le iniziative che la stessa amministrazione deve porre in atto per fronteggiare un rapporto di esternalizzazione dei servizi ICT e per impostare ed attuare un'efficace azione di governo delle forniture; sul contratto si fonda l'utilizzo degli strumenti di supporto al suo governo; in altre parole la direzione dei lavori, il monitoraggio dello stato avanzamento lavori e dei livelli di servizio, l'efficace assicurazione e controllo della qualità dei servizi e dei prodotti realizzati dal fornitore, sono frutto di un contratto ben definito, negoziato, stipulato dalle parti in causa»¹⁹.

I contratti in parola, sotto altro profilo, vengono a costituire, poi, «l'unica base di riferimento, il documento di riscontro, per la misura della qualità dei servizi erogati e dei beni forniti dal fornitore; per questo il contratto deve compiutamente definire, oltre che i beni e servizi oggetto

parentesi quadre è di chi scrive.

¹⁷ CNIPA, *Linee guida sulla qualità dei beni e dei servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti della Pubblica Amministrazione. Presentazione ed utilizzo delle Linee Guida*, Manuale n. 1, cit., p. 10.

¹⁸ CNIPA, *Linee guida sulla qualità dei beni e dei servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti della Pubblica Amministrazione. Presentazione ed utilizzo delle Linee Guida*, Manuale n. 1, cit., p. 10.

¹⁹ CNIPA, *Linee guida sulla qualità dei beni e dei servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti della Pubblica Amministrazione. Presentazione ed utilizzo delle Linee Guida*, Manuale n. 1, cit., p. 10.

del contratto, anche le attività e le responsabilità legate all'erogazione dei servizi, la documentazione da produrre, i livelli di qualità dei servizi, le modalità di misurazione di detti livelli di servizio»²⁰.

La gestione del contratto di appalto nelle sue diverse fasi (inclusa la definizione dei contenuti, la scelta del contraente, il controllo sull'esecuzione) diventa quindi momento essenziale per la gestione dei menzionati rischi strategici, organizzativi, economici ed operativi, nonché ottimo strumento per il raggiungimento degli obiettivi prefissati dall'amministrazione appaltante.

Il «governo dei contratti ICT», però, impone all'amministrazione medesima di dotarsi di un'adeguata organizzazione capace di:

a) effettuare una chiara identificazione dei processi, delle attività, dei documenti di supporto e di riscontro (rispettivamente «documentazione tecnica» e «documentazione di gestione»), nonché delle competenze rilevanti tanto nell'acquisizione della fornitura ICT che nell'attuazione e nella esecuzione della medesima;

b) effettuare una concreta rappresentazione dell'amministrazione come reale controparte rispetto al fornitore, «presidiando le funzioni essenziali alla gestione della relazione cliente/fornitore, con una struttura organizzativa adeguata e con risorse professionali idonee»²¹;

c) padroneggiare, sia sotto il profilo culturale che operativo, «gli strumenti di supporto al governo del contratto abitualmente ed intensivamente utilizzati dal fornitore per competere sul mercato», con particolare riferimento a:

c/1) «*project management*» (direzione lavori per la gestione del contratto);

c/2) «*process benchmarking*» (confronto periodico delle misure dei servizi rispetto a quelle relative ad altre organizzazioni affini);

²⁰ CNIPA, *Linee guida sulla qualità dei beni e dei servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti della Pubblica Amministrazione. Presentazione ed utilizzo delle Linee Guida*, Manuale n. 1, cit., p. 10.

²¹ CNIPA, *Linee guida sulla qualità dei beni e dei servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti della Pubblica Amministrazione. Presentazione ed utilizzo delle Linee Guida*, Manuale n. 1, cit., p. 10.

c/3) «*project monitoring & controls*» (monitoraggio per la misurazione continua della quantità e della qualità dei servizi erogati dal fornitore e comparazione con i requisiti contrattualmente indicati);

c/4) «*quality assurance & management*» (verifica dei processi, normalmente certificati secondo lo standard EN ISO 9001:2000, posti in essere dal fornitore nella prestazione dei servizi richiesti dall'amministrazione appaltante)²².

In sintesi, le Linee Guida rimarcano la centralità del contratto come strumento di buon governo dell'attività amministrativa ed enfatizzano il ruolo strategico della negoziazione tra le diverse parti contraenti, anche nell'ambito di procedure ad evidenza pubblica.

Al riguardo meritano ancora una volta di essere trascritte le riflessioni del CNIPA, esternate nelle Linee Guida, là dove si sottolinea che «il contratto ICT evidenzia una rilevanza strategica nel dover presidiare, in modo cooperativo tra cliente e fornitore, l'interesse delle prestazioni sui diversi piani interpretativi dei contenuti, dei costi, della qualità, delle responsabilità. Al tempo stesso il contratto manifesta una rilevanza operativa nel pianificare, regolamentare e controllare le prestazioni concordate tra il cliente, utente delle forniture e dei servizi, ed il fornitore. Ne consegue che il contratto è l'unico mezzo utile ad eliminare le possibili ambiguità nel rapporto tra le parti prima che queste effettivamente si presentino. Alla rilevanza strategica ed operativa il contratto ICT aggiunge il fatto di rappresentare il primo elemento di garanzia per il raggiungimento degli obiettivi prefissati dal cliente. Su questo elemento si fonda l'utilizzo degli strumenti di supporto al governo del contratto. In altre parole una direzione lavori, un monitoraggio, un'assicurazione e controllo di qualità efficaci, sono frutto di un contratto ICT ben stipulato e negoziato dalle parti in causa. Nel suo ruolo di elemento di garanzia il contratto costituisce la base di riferimento, il documento di riscontro, per la misura della qualità dei servizi erogati dal fornitore. Per questo deve compiutamente definire, oltre che i servizi oggetto del contratto, anche le attività e le responsabilità legate

²² CNIPA, *Linee guida sulla qualità dei beni e dei servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti della Pubblica Amministrazione. Presentazione ed utilizzo delle Linee Guida*, Manuale n. 1, cit., pp. 32 e 33.

all'erogazione dei servizi, i livelli di qualità dei servizi, le modalità di misurazione di detti livelli di servizio. Per quanto detto il contratto ICT è l'elemento primario di una qualsiasi fornitura di beni o servizi, presupposto imprescindibile per l'azione di governo che il cliente dovrà esercitare nella fase di attuazione del contratto operata da parte del fornitore»²³.

La fase più delicata, tuttavia, è quella relativa alla redazione del contratto, per addivenire alla quale il ricorso a formulari standard è destinato ad un sicuro insuccesso²⁴.

Le stesse Linee Guida enfatizzano il ruolo della contrattazione, quale attività di negoziazione instaurata in un clima di positivo confronto e dialogo tra cliente (pubblica amministrazione) e fornitore ICT. Anche in tal caso le osservazioni rese nelle Linee Guida sono ben strutturate là dove enfatizzano come «Provocatoriamente si può affermare che un buon contratto è un contratto ben negoziato dalle parti in causa. Ovverosia un contratto per il quale il processo di negoziazione ha obbligato il cliente ed il fornitore ad esplorare aspetti latenti, possibili fonti di problemi, prima

²³ CNIPA, *Linee guida sulla qualità dei beni e dei servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti della Pubblica Amministrazione. Presentazione ed utilizzo delle Linee Guida*, Manuale n. 1, cit., p. 33.

²⁴ Le Linee Guida ribadiscono che «stilare un contratto ICT non è un'operazione banale che possa svolgersi in tempi affrettati, magari utilizzando un modello standard di contratto. Purtroppo, nonostante si possano individuare elementi comuni ai contratti ICT, non esiste uno standard che possa essere ritenuto universalmente valido ed applicabile. Ogni contratto ICT è conseguentemente un atto a se stante, frutto di requisiti espressi dagli utenti dei servizi esternalizzati, certamente migliorabile sulla base delle esperienze precedentemente fatte sia dal cliente che dal fornitore. Per questi motivi nelle Linee Guida non si propongono generici schemi di soluzioni contrattuali di discutibile significato e praticabilità. Più pragmaticamente da un lato (...) si sviluppa un quadro concettuale, relativo alle caratteristiche del contratto ICT ed una rete di argomentazioni che identificano le principali tematiche che l'amministrazione appaltante, già proiettandosi nel suo futuro ruolo di direttore dei lavori, deve affrontare nella stesura del contratto e che deve chiaramente rappresentare all'interno delle clausole contrattuali; dall'altro lato si forniscono una serie di componenti elementari (...) che costituiscono gli elementi di base per costruire contratti misti che prevedano variegati oggetti contrattuali senza per questo rappresentare soluzioni preconfezionate di istantaneo utilizzo». Cfr. CNIPA, *Linee guida sulla qualità dei beni e dei servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti della Pubblica Amministrazione. Presentazione ed utilizzo delle Linee Guida*, Manuale n. 1, cit., pp. 34 e 35.

dell'emergere effettivo di questi ultimi nella fasi di attuazione. Questo significa assumere un punto di vista manageriale, che, pur dovendo ovviamente tenere conto delle definizioni e dei vincoli espressi dal codice civile e dalla normativa comunitaria e nazionale in materia di appalto pubblico di servizi e di forniture, amplia da un punto di vista operativo e pragmatico la definizione [normativa] di contratto (...)»²⁵.

Ulteriore aspetto da considerare, anch'esso ben reso dal CNIPA, riguarda la necessità di annoverare, nelle norme contrattuali che traducono in clausole gli obiettivi prefissati e gli impegni da assumere, le regole ed i processi di relazione «che hanno lo scopo di regolare l'interazione tra le diverse parti coinvolte nell'attuazione del contratto nelle diverse situazioni immaginabili. Anche queste debbono essere elaborate dalle parti all'interno del processo di negoziazione propedeutico alla firma del contratto»²⁶.

Si comprende bene, dunque, come la «managerializzazione» negli appalti pubblici ICT, rimessa per la gran parte al Responsabile unico di cui all'art. 10 del Codice, sia determinante per ottenere con efficienza gli obiettivi perseguiti dalla stazione appaltante, a maggior ragione se si considera che l'efficiente acquisizione di beni e servizi ICT non è di per sé il fine ultimo della procedura di appalto e del relativo contratto, dovendosi invece ritenere che tali beni e tali servizi, forniti alla pubblica amministrazione dagli operatori economici, sono strumentali all'erogazione dei servizi che la stessa pubblica amministrazione è tenuta istituzionalmente ad erogare ai cittadini in termini di efficienza, come pretende l'art. 97 Cost.

La gestione degli appalti pubblici nel settore ICT, dunque, si inserisce in un contesto di generale ammodernamento dell'apparato burocratico italiano, secondo una visione ed una prospettiva che mutua l'efficienza dalle *best practices* del settore imprenditoriale, senza perdere

²⁵ CNIPA, *Linee guida sulla qualità dei beni e dei servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti della Pubblica Amministrazione. Presentazione ed utilizzo delle Linee Guida*, Manuale n. 1, cit., p. 33. Il testo tra parentesi quadre è di chi scrive.

²⁶ CNIPA, *Linee guida sulla qualità dei beni e dei servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti della Pubblica Amministrazione. Presentazione ed utilizzo delle Linee Guida*, Manuale n. 1, cit., p. 34.

ovviamente, con ciò, l'essenziale perseguimento di finalità non lucrative, ma rivolte alla soddisfazione dell'interesse pubblico.

Pur tenendo conto degli aspetti legati al procedimento amministrativo per la gestione dell'appalto, nonché degli aspetti relativi al rapporto contrattuale governato essenzialmente da regole privatistiche, le Linee Guida del CNIPA mutano radicalmente l'atteggiamento finora assunto dalla pubblica amministrazione, facendo sì che le norme sul procedimento amministrativo e quelle del diritto contrattuale siano gestite ed applicate secondo una prospettiva manageriale, alla cui base c'è un preciso slogan: «Ottenere qualità dai fornitori di servizi ICT per fornire qualità a cittadini ed imprese»²⁷.

In proposito il CNIPA ricorda che la «Direttiva del Comitato dei Ministri per la società dell'informazione del febbraio del 2002 e, immediatamente dopo, le Linee Guida del Governo per lo sviluppo della Società dell'Informazione nella legislatura del giugno 2002, identificano l'*e-Government* quale passaggio innovativo fondamentale nell'evoluzione del rapporto tra cittadino e Pubblica Amministrazione, che si inserisce nel processo di profonda trasformazione che tutti gli enti pubblici stanno affrontando per servire i cittadini e le imprese come "clienti" da gestire con la massima attenzione. Il concetto di cliente qui rappresentato è assolutamente in sintonia con le precedenti considerazioni fatte sulla catena cliente/fornitore. Avere clienti non significa che le Amministrazioni operano in un'ottica di profitto, ma più semplicemente che il loro obiettivo diventa quello di erogare servizi in linea con le esigenze di chi ne usufruisce e la soddisfazione del ricettore del servizio è strumento fondamentale di verifica della sua qualità»²⁸. Ancora, è stato rimarcato che «Migliorare il livello di servizio verso cittadini ed imprese si traduce, nel caso di servizi on-line e più in generale dell'*e-Government*, nello slogan già precedentemente evidenziato: ottenere qualità dai fornitori di servizi ICT per fornire qualità a cittadini ed imprese. Favorire

²⁷ CNIPA, *Linee guida sulla qualità dei beni e dei servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti della Pubblica Amministrazione. Presentazione ed utilizzo delle Linee Guida*, Manuale n. 1, cit., p. 11.

²⁸ CNIPA, *Linee guida sulla qualità dei beni e dei servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti della Pubblica Amministrazione. Presentazione ed utilizzo delle Linee Guida*, Manuale n. 1, cit., p. 11.

l'efficienza e l'economicità di gestione, unitamente all'introdurre strumenti innovativi di gestione dei progetti, sono indirizzi che hanno una stretta connessione con l'evoluzione delle forme contrattuali volta a commisurare i costi sostenuti con la qualità dei servizi ICT ricevuti»²⁹.

La *governance* dei contratti ICT è messa specificamente in risalto nel Manuale Applicativo n. 7 delle Linee Guida del CNIPA, intitolato «Governo dei contratti ICT». In esso si rimarca ancora una volta la novità dell'approccio, che segna una decisiva evoluzione dei rapporti tra pubblica amministrazione, imprese e cittadini. Più precisamente può dirsi che la

²⁹ CNIPA, Linee guida sulla qualità dei beni e dei servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti della Pubblica Amministrazione. Presentazione ed utilizzo delle Linee Guida, Manuale n. 1, cit., p. 12. Le Linee Guida del CNIPA hanno individuato almeno sei momenti rilevanti del processo di acquisizione di beni e servizi ICT, compreso la sua fase esecutiva: *a)* strategie di acquisizione; *b)* definizione di contratto; *c)* pianificazione e controllo; *d)* sviluppo prodotti e servizi; *e)* erogazione; *f)* *customer satisfaction*. Nell'accennare al momento iniziale, di determinazione della «strategia di acquisizione» della fornitura o del servizio ICT, giova sottolineare l'estrema delicatezza in cui viene a muoversi la stazione appaltante, dato che è proprio in questa fase che viene a caratterizzarsi, generalmente, l'intero successivo percorso di acquisizione, dovendosi procedere alla valutazione, ad esempio: *a)* della tipologia di appalto (se di fornitura, di servizi o misto); *b)* della modalità di acquisizione e delle relative implicazioni strategiche, economiche, operative (full o selective outsourcing di servizi ICT, business process outsourcing, insourcing e co-sourcing, joint venture, consorzi, project financing); *c)* dell'oggetto dell'acquisizione (sviluppo di software applicativo ad hoc, acquisizione di pacchetti standard, reingegnerizzazione o riuso di software preesistente, utilizzo di software open source con eventuali personalizzazioni, fornitura via Internet del software in modalità ASP, etc.; fornitura di client e server locali, housing o hosting, etc.); *d)* delle architetture contrattuali (contratti quadro, lotto unico di fornitura o suddivisione in più lotti, subappalto, etc.); *e)* delle tipologie di contratto specifiche del settore ICT (fornitura di apparecchiature o sistemi ICT completi, locazione di apparecchiature o sistemi ICT completi, acquisto di programmi software, licenza d'uso di programmi software, sviluppo di software applicativo, prestazione di servizi ICT); *f)* dei contenuti del contratto ICT (durata del contratto, modalità di definizione dell'oggetto del contratto, modalità e condizioni della prestazione, modalità di controllo e verifica della prestazione, modalità di determinazione dei corrispettivi, forme di tutela); *g)* etc. Sul punto cfr., *amplius*, CNIPA, *Linee guida sulla qualità dei beni e dei servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti della Pubblica Amministrazione. Presentazione ed utilizzo delle Linee Guida*, Manuale n. 1, cit., pp. 24 e 25; CNIPA, *Linee guida sulla qualità dei beni e dei servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti della Pubblica Amministrazione. Strategie di acquisizione delle forniture ICT*, Manuale n. 2.

«Pubblica Amministrazione si è evoluta da tradizionale produttore di servizi pubblici a responsabile della produzione ed erogazione, da parte di fornitori privati, di una serie crescente di servizi, per i quali deve essere garantito l'accesso a strati sempre più ampi della società. Deve pertanto abbandonare il ruolo di produttore diretto, per assumere quello di regolatore di servizi, che ha la responsabilità di:

- definire gli standard essenziali che il produttore effettivo deve rispettare;
- verificare che il servizio sia erogato alle condizioni previste, e con le modalità di trasparenza dei comportamenti tipiche dell'attività pubblica.

(...) L'acquisizione di forniture ICT risponde pertanto alla necessità di commissionare i necessari potenziamenti e ammodernamenti tecnologici ed organizzativi dell'Amministrazione per l'espletamento delle sue funzioni nella nuova prospettiva illustrata»³⁰. Si noti come il CNIPA abbia ulteriormente sottolineato che «Per far ciò vengono impostate iniziative progettuali a livello di pianificazione strategica ed operativa nelle quali la parola “progetto” ha un'intrinseca ambiguità perché usata nel linguaggio corrente sia a livello macroscopico-strategico (es.: Progetto Certificazione della Firma Digitale) sia a livello operativo-tecnico (es.: Progetto per la conversione di un programma informatico), con conseguenti diverse relazioni (uno a molti, o viceversa) tra il livello progettuale e quello contrattuale; possono cioè esistere sia progetti (di livello strategico) che danno luogo a più contratti, ovvero contratti che si attuano realizzando più progetti (di livello esecutivo)»³¹.

Si comprende bene la stretta correlazione tra realizzazione dei progetti legati al raggiungimento degli obiettivi fissati nell'ambito dell'azione amministrativa e gestione dei contratti di appalto nel settore ICT, dalle fasi preparatorie al controllo della corretta esecuzione della

³⁰ CNIPA, *Linee guida sulla qualità dei beni e dei servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti della Pubblica Amministrazione. Governo dei contratti ICT*, Manuale Applicativo n. 7, p. 15.

³¹ CNIPA, *Linee guida sulla qualità dei beni e dei servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti della Pubblica Amministrazione. Governo dei contratti ICT*, Manuale Applicativo n. 7, pp. 15 e 16.

prestazione dedotta nel contratto di appalto stipulato con l'aggiudicatario, passando per le procedure di affidamento.

L'enfasi sugli aspetti contrattuali si rinviene, nell'ambito delle Linee Guida, nel Manuale Applicativo n. 3, intitolato «*Appalto Pubblico di forniture ICT*», ove l'attenzione è posta, primariamente, sui seguenti aspetti:

a) scelta dell'oggetto e della modalità di fornitura (valutazione delle dimensioni della fornitura, individuazione dei requisiti tecnici, definizione della base d'asta, etc.);

b) scelta della procedura di gara;

c) determinazione dei criteri di accesso alla gara (capacità economico-finanziaria, capacità tecnica, bilanciamento punteggio tecnico ed economico);

d) attribuzione del punteggio tecnico (criteri di carattere generale, griglia di valutazione tecnica, punteggio tecnico minimo, valutazione delle offerte tecniche, etc.);

e) attribuzione del punteggio economico (scelta della formula economica, etc.);

f) prevenzione e reazione alle offerte anomale verso il basso.

Le procedure volte alla scelta del contraente aggiudicatario, alla determinazione dell'offerta migliore ed alla stipulazione del contratto costituiscono senza dubbio, insieme alla fase esecutiva del contratto, l'aspetto prevalente e decisivo della *governance* del fenomeno complesso degli appalti di forniture e servizi ICT.

Sugli aspetti contrattuali, pertanto, ci si soffermerà nel prosieguo, cogliendo quanto ci sembra di maggiore significatività, tenendo conto dell'economia del presente discorso.

CAPITOLO QUARTO

«CONTRATTI MISTI», TIPO ED OGGETTO CONTRATTUALE. STRATEGIE DI ACQUISIZIONE E TECNICHE DI REDAZIONE CONTRATTUALE MEDIANTE L'UTILIZZO DELLE «CLASSI DI FORNITURE» E DELLE «ISTANZE»

Per la qualificazione dei contratti pubblici di appalto nell'ambito delle categorie dell'appalto di servizi, di forniture o di lavori, si è passati da un criterio quantitativo ad un criterio qualitativo, recependo le indicazioni comunitarie³².

Nel Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture la materia si trova disciplinata agli artt. 14 e 15.

Ai sensi dell'art. 14, co. 1, del Codice, i contratti misti vengono definiti come quei «contratti pubblici aventi per oggetto: lavori e forniture; lavori e servizi; lavori, servizi e forniture; servizi e forniture», esaurendo in tal modo le possibilità combinatorie tra le tre categorie di appalto.

In linea di principio, qualora ci si trovi di fronte a contratti misti di appalto, deve essere seguito il criterio della *prevalenza*, in base al quale trova applicazione per intero la disciplina che regola la prestazione ritenuta prevalente³³. Proprio il dettato di cui all'art. 14, co. 2, del Codice sembra chiaramente ispirato a tale principio, statuendo che «I contratti

³² Viene annotato da R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice degli appalti pubblici. Le principali novità recate dal Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163*, cit., p. 63, che «Le norme italiane anteriori alla L. n. 62/2005 non avevano fatto corretta applicazione della disciplina comunitaria degli appalti misti, optando per un criterio quantitativo, e non qualitativo, al fine di individuare la disciplina applicabile (secondo il diritto italiano anteriore alla L. n. 62/2005, un appalto pubblico è appalto di lavori se l'importo dei lavori supera il cinquanta per cento dell'importo complessivo del contratto)».

³³ R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice degli appalti pubblici. Le principali novità recate dal Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163*, cit., p. 63.

misti sono considerati appalti pubblici di lavori, o di servizi, o di forniture, o concessioni di lavori, secondo le disposizioni che seguono:

a) un contratto pubblico avente per oggetto la fornitura di prodotti e, a titolo accessorio, lavori di posa in opera e di installazione è considerato un “appalto pubblico di forniture”;

b) un contratto pubblico avente per oggetto prodotti e servizi di cui all'allegato II è considerato un “appalto pubblico di servizi” quanto il valore dei servizi supera quello dei prodotti oggetto dell'appalto;

c) un contratto pubblico avente per oggetto dei servizi di cui all'allegato II e che preveda attività ai sensi dell'allegato I solo a titolo accessorio rispetto all'oggetto principale del contratto è considerato un “appalto pubblico di servizi”».

Il criterio qualitativo, come emerge dalla lettura delle norme in questione, finisce in realtà per combinarsi con il criterio quantitativo, a tal punto che il successivo co. 3 dell'art. 14 dianzi citato statuisce che «Ai fini dell'applicazione del comma 2, l'oggetto principale del contratto è costituito dai lavori se l'importo dei lavori assume rilievo superiore al cinquanta per cento, salvo che, secondo le caratteristiche specifiche dell'appalto, i lavori abbiano carattere meramente accessorio rispetto ai servizi o alle forniture, che costituiscano l'oggetto principale del contratto»³⁴.

³⁴ Chi ha commentato la norma in questione ha evidenziato la consapevolezza del legislatore italiano in ordine alla possibilità che il criterio qualitativo (secondo cui l'appalto misto si qualifica di volta in volta come appalto di lavori, di servizi o di forniture a seconda di quale sia l'oggetto principale del contratto, a prescindere dal suo valore economico) potesse essere fonte di incertezze applicative. Pertanto si è rimarcato che, proprio per tentare di superare le paventate incertezze, il Codice, in sede di recepimento delle istanze comunitarie, ha preferito seguire «da soluzione di cui all'art. 24, L. n. 62/2005 (legge comunitaria per il 2004), che detta un criterio interpretativo per acclarare quale sia l'oggetto principale del contratto. Secondo tale soluzione, il criterio quantitativo assurge a criterio esegetico per determinare quale sia la prestazione principale e quella accessoria, nel senso che, di regola, è principale la prestazione il cui valore supera il 50% del prezzo complessivo, fermo restando il criterio qualitativo quando una delle prestazioni sia meramente accessoria rispetto alle altre». Cfr. R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice degli appalti pubblici. Le principali novità recate dal Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163*, cit., p. 63.

Il criterio di prevalenza, tuttavia, non opera sempre in maniera rigorosa ed esclusiva, giacché l'art. 15 del Codice, rubricato «*Qualificazione nei contratti misti*», impone gli operatori economici che concorrono alle procedure di affidamento di un contratto misto di «possedere i requisiti di qualificazione e capacità prescritti dal presente codice per ciascuna prestazione di lavori, servizi, forniture prevista dal contratto», con eccezionale affermazione del principio della «combinazione» (in base al quale ciascuna prestazione rimane regolata dalla disciplina normativa per essa di volta in volta prevista) rispetto a quello di «prevalenza» (in base al quale si applica, per tutte le prestazioni, la disciplina normativa applicabile alla prestazione prevalente)³⁵.

In ogni caso deve essere fatto salvo il principio generale, dettato all'art. 14, co. 4, del Codice, secondo cui «L'affidamento di un contratto misto (...) non deve avere come conseguenza di limitare o escludere l'applicazione delle pertinenti norme comunitarie relative all'aggiudicazione di lavori, servizi o forniture, anche se non costituiscono l'oggetto principale del contratto, ovvero di limitare o distorcere la concorrenza».

Poiché il principio di prevalenza, salvo i casi di eccezione, opera in riferimento alle disposizioni di cui al Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 163/2006), che sembrano disinteressarsi, per lo più, della disciplina del rapporto contrattuale dopo l'aggiudicazione definitiva e la conseguente stipulazione del contratto, potrebbero sorgere dubbi sulla perdurante applicazione del principio di prevalenza per i contratti misti, potendosi ipotizzare che, per quanto non attiene agli istituti previsti nel d.lgs. 163/2006, debba trovare applicazione la più consolidata teoria della «combinazione», diffusamente caldeggiata nella nostra esperienza giuridica.

Occorre peraltro precisare che nel Codice dei contratti pubblici si parla di «contratti misti» connotati per un «oggetto» che veda il combinarsi di lavori, forniture e/o servizi, senza far riferimento al «tipo» contrattuale ovvero alla «causa» del contratto, con ciò impedendo ogni effettiva e

³⁵ Cfr., ancora una volta, R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice degli appalti pubblici. Le principali novità recate dal Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163*, cit., p. 64.

diretta corrispondenza tra i «contratti misti» di cui agli artt. 14 e 15 del d.lgs. 163/2006 e la categoria dei «contratti misti» tipicamente contemplata nella dottrina giusprivatistica.

Ciò che connota un «contratto misto», per i canoni della dottrina privatistica, è la commistione di più schemi contrattuali, ovvero di più tipi contrattuali, i quali vengono a comporre un unico contratto dotato di un'unica causa.

Nella ricostruzione di un attento studioso del diritto privato si trova precisato che «Sul piano ricostruttivo il contratto misto è configurato come la risultante della combinazione di una pluralità di schemi che si fondono in un'unica causa e si condizionano vicendevolmente. Tali schemi non sono dunque suscettibili di autonoma e separata considerazione. La giurisprudenza considera, ad esempio, contratto misto sinallagmatico che partecipa della vendita e del mandato quello con cui un soggetto, obbligandosi allo svolgimento di una attività promozionale per la diffusione di un prodotto, ottiene l'esclusiva per la vendita del prodotto stesso»³⁶. Talvolta, però, può riscontrarsi che «un unico rapporto può presupporre una duplicità di autonomi tipi. Il contratto si presenta allora come un autonomo schema del tutto peculiare perché caratterizzato dalla riferibilità ad una pluralità di tipi legali e di funzioni. Esempio ne sarebbe la vendita con prezzo notevolmente basso, per donarne la differenza, rispetto a quello di mercato, all'acquirente. L'incompatibilità dei due schemi (vendita e donazione) e delle due funzioni (scambio e liberalità) comporta che non è possibile ipotizzare in tal caso un contratto misto inteso come fusione di tipi che confluiscono nella unicità della causa, perché se unica è la causa, concorrenti sono i tipi, che mantengono la propria autonomia, cosicché le prestazioni sono giustificate, per un verso, dallo scambio (cioè dalla vendita) e per altro verso dalla liberalità (cioè dalla donazione). Si applicherà allora la disciplina della vendita per le garanzie e l'inadempimento nonché quella della donazione, per il resto (...)»³⁷.

Con riguardo ai contratti misti la dottrina di matrice privatistica contrappone solitamente la teoria della prevalenza o dell'assorbimento alla

³⁶ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1996, p. 774.

³⁷ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 774.

teoria della combinazione ³⁸. Ad esse si affianca una terza teoria, quella dell'«applicazione analogica», che considera il contratto in maniera unitaria come un contratto atipico, non soggetto alla disciplina del tipo riconducibile alla prestazione prevalente, né a quella del tipo che entra di volta in volta in rilievo, riconducibile ora ad un tipo, ora ad un altro tipo contrattuale. Infatti, secondo tale ultima teoria, la disciplina giuridica andrebbe «ricercata facendo ricorso al criterio dell'interpretazione analogica, che consente di utilizzare le norme disposte per i contratti tipici, per i casi simili o le materia analoghe (art. 12 della disciplina di legge in generale)» ³⁹.

³⁸ Sul tema si è ulteriormente ribadito che, «Com'è noto, non poche critiche si sono levate nei confronti del criterio dell'assorbimento o della prevalenza sul presupposto che esso risulta inapplicabile nei casi in cui non vi sia nemmeno un elemento dei contratti tipici che compone il contratto misto che abbia quel carattere di predominanza tale da subordinare gli altri. Inoltre, si ritiene che seguendo questo criterio si possa incorrere in un eccessivo semplicismo ed approssimazione che porterebbe a trascurare i concreti interessi delle parti». Così P. SAMMARCO, *I nuovi contratti dell'informatica. Sistemi e prassi*, Padova, 2006, p. 367, nota n. 6. Per un'attenta analisi critica delle teorie dell'assorbimento e della prevalenza si può fare riferimento all'attenta dottrina di R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, Bologna-Roma, 1970, p. 47, alla teoria dell'assorbimento si può agevolmente «replicare che, ove ricorre un elemento fino a tal segno preponderante, ci si dovrebbe trovare di fronte ad un'ipotesi di contratto tipico, parzialmente modificato, o forse anche ad un'ipotesi di contratto innominato, piuttosto che versare in tema di contratti misti. Nei confronti dei quali non ci pare possibile d'altronde, ed a meno di non voler falsare la realtà del fenomeno, sezionare i diversi elementi tipici, che qui si fondono in una funzione unitaria, per formulare sul punto un giudizio di prevalenza». A ciò, poi, si aggiunga che non sempre la disciplina giuridica del tipo prevalente è idonea ad affrontare e risolvere le questioni che si pongono in relazione alla restante parte del fenomeno contrattuale che dal tipo prevalente si discosta. Quanto alla teoria della combinazione, elaborata in ragione dell'autonomia concettuale della categoria dei contratti misti, peraltro controversa, la dottrina da ultimo citata replica «che, allo stesso modo in cui non è possibile ravvisare nel contratto nominato la sommatoria dei singoli elementi e distinguere correlativamente la disciplina nell'identificazione delle norme a ciascun elemento relative, così, e tanto meno, può ammettersi che il contratto misto costituisca la risultante di elementi, determinati questa volta con un'arbitraria quanto inconcepibile operazione di vivisezione (dei tipi contrattuali invocati), e la sua disciplina si ricavi poi dall'insieme delle norme che si pretendono ad essa pertinenti».

³⁹ Così P. SAMMARCO, *I nuovi contratti dell'informatica. Sistemi e prassi*, cit., p. 367. La teoria dell'applicazione analogica è stata messa ben in evidenza dall'illustre posizione di R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., p. 47, e dal medesimo caldeggiata come preferibile

A differenza delle altre impostazioni, la «disciplina così determinata (...) non sarà ravvisabile in quella propria di uno schema tipico che, nell'economia del rapporto in essere risulta quantitativamente e qualitativamente prevalente (...)»⁴⁰. In proposito acutamente è stato osservato che i contratti misti, non essendo suscettibili di essere adeguatamente inquadrati entro i confini degli schemi negoziali tipici previsti dall'ordinamento, finiscono per non essere *specificamente* disciplinati dalla legge, al pari dei contratti innominati, talché per entrambi (contratti misti e contratti atipici) la disciplina diviene la medesima: l'applicazione analogica, infatti, è il criterio generalmente seguito per l'individuazione della disciplina giuridica applicabile nell'ipotesi di contratti atipici e, pertanto, è preferibile ricorrere ad essa anche per l'altra categoria di contratti non riconducibili a specifici schemi tipici, qual è la categoria dei contratti misti, ora in esame⁴¹.

Il principio dell'applicazione analogica delle norme esige che si debbano «applicare (...) ai contratti misti le norme, tra quelle dettate dal codice riguardo ai contratti tipici, che appaiono più congrue alle ipotesi di specie; con l'avvertenza che qui indubbiamente l'individuazione degli elementi dei contratti tipici, che confluiscono nella figura unitaria (mista), offre una suggestione innegabile seppure non del tutto decisiva, per l'individuazione di criteri e regole normative da prendersi in considerazione»⁴².

Si noti bene come tutte le teorie elaborate con riguardo ai contratti misti postulano non solo l'ipotesi dell'*unitarietà* della fattispecie contrattuale, ma anche la riconducibilità di tale unico contratto a schemi contrattuali riconducibili contemporaneamente a tipi di contratti tra loro diversi.

rispetto a quella della prevalenza ed a quella della combinazione.

⁴⁰ Così P. SAMMARCO, *I nuovi contratti dell'informatica. Sistemi e prassi*, cit., p. 367; conformemente cfr., altresì, E. TOSI, *Natura e qualificazione dei contratti di fornitura di sistemi informatici*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1995, p. 395.

⁴¹ Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., pp. 47 e 48.

⁴² R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., p. 48. L'A. sottolinea, peraltro, come debba essere rifiutata anche la soluzione secondo cui sarebbe da valutare di volta in volta, a seconda del caso concreto, l'applicabilità alternativa del criterio della combinazione e di quello della prevalenza.

L'assetto unitario degli interessi che le parti vogliono perseguire, cioè, è suscettibile di essere contemporaneamente sussunto, sotto il profilo logico, in tipi contrattuali differenti.

Non si parla, invece, di «contratti misti» quando la fattispecie contrattuale è connotata da una pluralità di contratti casualmente autonomi, ancorché collegati, in quanto si verterebbe in tema di «collegamento contrattuale», concettualmente distinto dal fenomeno dei contatti misti⁴³.

Non si parla di «contratti misti» neanche quando l'operazione economica si connota per una *pluralità di prestazioni*, ancorché collegate, riconducibili al *medesimo schema contrattuale*. L'unicità del «tipo» di riferimento fa sì che il contratto non possa, per definizione, dirsi «misto», giacché ciò che viene concettualmente composto ad unità, nei contratti misti, è proprio l'astratta appartenenza a tipi contrattuali diversi.

Ebbene, c'è da chiedersi a quale categoria concettuale appartengano i «contratti misti» di cui agli artt. 14 e 15 del Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Come ricordato sopra, si discute per lo più del rapporto tra tre ipotesi di appalto, con una distinzione che fa riferimento più all'«oggetto» (ora «lavori», ora «servizi», ora «forniture») che non al tipo contrattuale («appalto»)⁴⁴.

La questione viene risolta sbrigativamente dal legislatore richiamando la teoria dei «contratti misti» e propendendo in linea generale per il criterio della prevalenza (o dell'assorbimento), seppur con talune eccezioni, ad esempio in ordine alla disciplina della qualificazione dei soggetti, con riferimento alla quale si applica il criterio della combinazione.

Tuttavia, a ben guardare, le scelte lessicali ed i criteri per la concreta applicazione della disciplina giuridica delineati nell'art. 14 del Codice dei contratti pubblici non sembra possano scalfire gli ordinari criteri

⁴³ Per un'analisi del tema sia consentito rinviare a F. BRAVO, *L'unicità di regolamento nel collegamento negoziale: la «sovrapposizione» contrattuale*, in *Contratti*, 2004, n. 2, pp. 118 e ss.

⁴⁴ Vero è, però, che l'«appalto pubblico» per la «fornitura» non continuativa, né periodica, di beni sembra collocabile più nello schema causale della compravendita che non in quello dell'appalto di cui all'art. 1655 cc., il quale ultimo espressamente si riferisce alla realizzazione di un'opera o alla prestazione di un servizio, rispettivamente accostabili all'«appalto pubblico di lavori» ed all'«appalto pubblico di servizi».

interpretativi giusprivatistici in ordine alla gestione delle dinamiche contrattuali successive all'aggiudicazione ed alla stipulazione del contratto.

Infatti, la formulazione dell'art. 14 del Codice dei contratti pubblici, come sembra corretto poter interpretare, è tale da imporre il principio di prevalenza e, in via di eccezione, il principio della combinazione, esclusivamente ai fini della disciplina di cui al medesimo d.lgs. 163/2006, con riferimento, in particolare, alle fasi che conducono alla scelta del contraente ed all'individuazione della migliore offerta, salvo altro, lasciando per lo più al di fuori dal proprio ambito di normazione la disciplina del rapporto contrattuale che, come esplicitato anche dall'art. 2, co. 4, del Codice dei contratti pubblici, è destinato a rimanere assoggettato alle norme civilcodicistiche, tra le quali assumono indubbio rilievo quelle di cui agli articoli da 1321 a 1469 c.c., dedicate al contratto in generale⁴⁵.

Si tenga conto, infatti, che l'art. 2, co. 4, del Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture testualmente statuisce che «Per quanto non espressamente previsto nel presente codice, l'attività contrattuale dei soggetti di cui all'articolo 1 si svolge nel rispetto, altresì, delle disposizioni stabilite dal codice civile».

L'anzidetta disposizione può efficacemente essere letta in combinato disposto con l'art. 1323 c.c., per il quale «Tutti i contratti [e dunque anche i contratti pubblici, *n.d.a.*], ancorché non appartengano ai tipi che hanno una disciplina particolare, sono sottoposti alle norme generali contenute in questo titolo»⁴⁶.

Ne risulta che la denominazione (con riferimento ai «contratti misti») ed i principi di applicazione (con riferimento alla ripartizione tra il criterio della prevalenza e quello dell'assorbimento), contenuti nell'art. 14 del Codice dei contratti pubblici, possono essere ritenuti applicabili limitatamente alla gestione dei procedimenti amministrativi rilevanti fino

⁴⁵ Il richiamo a norme di diritto privato ed ai principi del codice civile, si noti, è espressamente contenuto, ora, anche nella legge n. 241/90, così come modificata dalla legge n. 15/2005 e dal d.l. 35/2005, convertito con modificazione nella legge 80/2005. Al riguardo si rinvia, *amplius*, a quanto è stato efficacemente osservato da G. ALPA, *L'attività negoziale della pubblica amministrazione nella nuova disciplina del procedimento amministrativo*, in P. STANZIONE-A. SATURNO (a cura di), *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova, 2006, pp. 75 e ss.

⁴⁶ Le parole tra parentesi quadre sono di chi scrive.

alla conclusione del contratto (si pensi alle procedure di affidamento ed alla qualificazione dei concorrenti), non invece per la regolamentazione del rapporto contrattuale, per il quale si potrà ricorrere alle scelte dottrinali e giurisprudenziali che la materia privatistica ha elaborato finora.

È stato rammentato, infatti, che «la dottrina prevalente ritiene che l'appalto pubblico non perda la sua natura di contratto di diritto privato, presentando solo tutte le particolarità dei contratti conclusi dalla pubblica amministrazione ad iniziare dalla presenza di atti amministrativi che ne costituiscono il presupposto. In questa prospettiva sarebbero allora applicabili almeno in parte e nei limiti di compatibilità con la normativa speciale, anche le norme del codice civile, che regolamentano invece esclusivamente l'appalto privato»⁴⁷. Del resto, l'esplicito richiamo alle norme del codice civile enucleato nella formulazione dell'art. 2, co. 4, del Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture è da mettere in relazione con tutte le disposizioni del *corpus* normativo civilcodicistico e, dunque, anche con gli art. 1655 c.c. sul contratto di «appalto» privato, la cui disciplina è, e deve costituire, il principale riferimento per la regolamentazione delle fattispecie contrattuali di nostro interesse.

A ben guardare, però, le categorie contrattuali relative all'«appalto privato» ed all'«appalto pubblico» sono divergenti anche con riferimento agli schemi causali che tali sintagmi sottintendono, di modo che i «tipi» contrattuali non sembrano affatto del tutto coincidenti.

Ad un'attenta analisi, cioè, pare di ravvisare uno scollamento, nell'appalto pubblico, dalla tradizionale qualificazione giusprivatistica di «appalto».

Infatti, all'art. 1655 c.c., da ritenersi applicabile ai contratti pubblici in forza della già ricordata dizione dell'art. 2, co. 4, del Codice dei contratti pubblici, l'appalto viene testualmente definito come «il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro».

⁴⁷ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 1081.

Ne deriva che «oggetto del contratto è un'opera o un servizio»⁴⁸. Potrebbero semmai delinarsi, nell'ambito della macrocategoria dell'appalto di cui all'art. 1655 c.c., due distinti «tipi» contrattuali (o «sotto-tipi», se si preferisce): il contratto di «appalto d'opera», da una parte, e quello dell'«appalto di servizi», dall'altra parte, i quali sono sottoposti a norme particolari differenti, che valgono a delineare una differente disciplina specifica, che si innesta su quella comune al macro-tipo dell'appalto⁴⁹. Si è osservato che la «qualificazione di una data fattispecie contrattuale come appalto di opere o come appalto di servizi, è essenziale al fine di stabilire la disciplina applicabile. Infatti, non tutte le regole dettate dal codice civile in tema di appalto di opere sono applicabili anche all'appalto di servizi»⁵⁰.

Quanto alla «fornitura» di beni, invece, abbiamo, sempre nell'appalto privato, una disciplina particolare.

Infatti, a mente dell'art. 1658 c.c. (rubricato «*Fornitura di materia*»), si noti, la fornitura è contemplata come accessoria al compimento dell'opera, che riveste il ruolo di prestazione principale dell'appalto, senza con ciò configurare un contratto misto, giacché è tipico dell'appalto che «La materia necessaria a compiere l'opera deve essere fornita dall'appaltatore, se non è diversamente stabilito dalla convenzione o dagli usi»⁵¹.

Per altro verso, l'art. 1677 c.c. richiama, per le prestazioni continuative o periodiche di servizi, proprio le norme sulla somministrazione, la quale, com'è noto, concerne la fornitura periodica o continuativa di cose, in forza di quanto contemplato nell'art. 1559 c.c.

⁴⁸ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 1083. Cfr., *amplius*, D. RUBINO-G. IUDICA, *Appalto*, Bologna-Roma, 1992, p. 100 e ss., ove si precisa che «Secondo una formula ricorrente pure nelle pronunce giurisprudenziali, oggetto del contratto di appalto è il risultato di un *facere*, che può concretarsi tanto nel compimento di un'opera, quanto in quello di un servizio, che l'appaltatore assume verso il committente contro il pagamento di un corrispettivo in denaro (...). Nella vasta gamma di possibili oggetti dell'appalto, possono essere operate varie distinzioni, fra le quali la più rilevante è la bipartizione esplicitamente posta dalla legge fra appalto di opere ed appalto di servizi».

⁴⁹ Cfr. D. RUBINO-G. IUDICA, *Appalto*, cit., p. 101, ove espressamente si parla di «tipo contrattuale» con riferimento alla distinzione tra «appalto d'opera» ed «appalto di servizi».

⁵⁰ D. RUBINO-G. IUDICA, *Appalto*, cit., p. 101.

⁵¹ Così recita l'art. 1658 c.c.

Non sembra possa sostenersi che la fornitura di uno o più prodotti, a maggior ragione quando la medesima non è periodica, né continuativa, possa essere inquadrata nel «tipo» dell'appalto, che risponde a schemi causali diversi e, più precisamente, della compravendita.

La *vexata quaestio* del confine non chiaro tra appalto e vendita, è bene rimarcarlo, non concerne la fornitura di prodotti, in cui ciò che conta è il trasferimento della proprietà di beni già presenti sul mercato, ma concerne quel tipo particolare di operazione economica nell'ambito della quale si affida ad un soggetto l'esecuzione di un'opera di cui si vuole acquistare la proprietà. Tale fattispecie, che ha animato un ampio dibattito, è fattispecie di confine tra l'appalto d'opera e la vendita di cosa da produrre, presupponendo un *facere* che si concluda con il trasferimento della proprietà dell'opera realizzata. Ebbene, è stato al riguardo ben osservato che «quando si passa all'esame dei casi concreti, è agevole rilevare che, mentre l'individuazione in concreto dell'una o dell'altra figura negoziale risulta agevole nei casi in cui oggetto del contratto sia un'obbligazione consistente in un mero *facere* o solo in un dare – non sorge alcuna difficoltà nell'inquadramento della prima ipotesi negoziale nello schema dell'appalto e della seconda in quello della vendita – la qualificazione negoziale diventa ardua nei casi in cui l'obbligazione di *facere*, tipica dell'appalto, e l'obbligazione di dare, propria della vendita, coesistano, nel senso che uno stesso contraente, obbligandosi al tempo stesso a fornire i materiali e la propria opera, assuma entrambe le obbligazioni»⁵². A titolo esemplificativo, la dottrina ricorda le ipotesi frequenti «in cui il committente ordina all'altro contraente l'esecuzione di una serie di opere, consistenti magari in cose mobili che l'assuntore abitualmente costruisce anche per altri, da realizzarsi non solo con una organizzazione e rischio esclusivi dello stesso assuntore, ma anche con materiali da lui soltanto procurati, in guisa che lo stesso schema può essere riguardato, in astratto, sia come vendita di cosa futura, che il venditore resta obbligato a creare, sia come appalto per la costruzione della cosa»⁵³.

La qualificazione del contratto non è senza conseguenze, che appaiono estremamente rilevanti sotto il profilo pratico ed operativo,

⁵² D. RUBINO-G. IUDICA, *Appalto*, cit., p. 43.

⁵³ D. RUBINO-G. IUDICA, *Appalto*, cit., pp. 43 e 44.

giacché «dalla qualificazione del tipo concreto come appalto o come vendita deriva l'applicazione di un differente regime normativo: basti pensare alle differenze di disciplina per quanto attiene al rischio della perdita della cosa, che nella vendita di cosa specifica è a carico del compratore a partire dalla conclusione del contratto, mentre nell'appalto è di regola sopportato dall'appaltatore fino all'accettazione dell'opera da parte del committente (art. 1673 cod. civ.); alla facoltà di recesso unilaterale concessa al committente (art. 1671 cod. civ.) e non presente nella disciplina della vendita; alla presenza nell'appalto della peculiare disciplina sulla responsabilità del costruttore in caso di rovina o pericolo di edifici entro dieci anni dal compimento dell'opera (art. 1669 cod. civ.), che non presenta alcun equivalente nella normativa della vendita»⁵⁴.

Nella nuova disciplina degli «appalti pubblici», invece, la qualificazione del contratto di «appalto» presenta delle differenze rispetto alla dizione dell'art. 1655 c.c., giacché nella definizione contenuta nell'art. 3, co. 6, del d.lgs. 163/2006, gli «appalti pubblici» sono intesi come quei «contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una stazione appaltante o un ente aggiudicatore e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi come definiti nel presente codice».

Si noti come vi sia rispondenza, da una parte, tra «esecuzione di lavori» e «contratto d'opera» e, dall'altra parte, tra «prestazione di servizi» ed «appalto di servizi».

La «fornitura di prodotti», invece, vive una più sofferta qualificazione, potendo in realtà essere attratto allo schema della compravendita o, se si bada al *facere* necessario alla *produzione* del bene, allo schema dell'appalto.

Peraltro, se ci confrontiamo con la definizione di «appalti pubblici di forniture» racchiusa nell'art. 3, co. 9, del Codice dei contratti pubblici, possiamo leggere che tali appalti pubblici sono quelli diversi dagli appalti di lavori e dagli appalti di servizi, aventi «per oggetto l'acquisto, la locazione finanziaria, la locazione o l'acquisto a riscatto, con o senza opzione per l'acquisto, di prodotti».

⁵⁴ D. RUBINO-G. IUDICA, *Appalto*, cit., pp. 44.

Può osservarsi l'uso disinvolto delle categorie giuridiche da parte del legislatore, che non esita a stravolgere il tipo e la causa dell'appalto individuando un nuovo sotto-tipo di appalto, accanto a quello di opere ed a quello di servizi, che comprende nel suo insieme, indifferentemente, le operazioni economiche che abbiano per oggetto:

a) l'acquisto di prodotti (anche qualora la produzione sia eseguita da altri soggetti e l'«appaltatore di forniture» si limiti all'operazione di vendita del prodotto);

b) la locazione finanziaria;

c) la locazione di prodotti, con o senza opzione per l'acquisto;

d) l'acquisto a riscatto, con o senza opzione per l'acquisto.

Si noti, ancora, l'eterogeneità dei tipi contrattuali e delle cause che, indifferentemente ed alternativamente tra loro, vengono ad essere ricollocate nello schema contrattuale dell'«appalto pubblico di forniture».

C'è da chiedersi quale sia l'impatto di una simile ricostruzione nei rapporti contrattuali.

Il Codice dei contratti pubblici, infatti, dopo aver «tipizzato» in tal modo, all'art. 3, il *macro-tipo* degli «appalti pubblici» ed i tre *sotto-tipi* consistenti nell'«appalto pubblico di lavori», nell'«appalto pubblico di servizi» e nell'«appalto pubblico di forniture», ha ricondotto i primi due sotto-tipi agli schemi classici dell'«appalto d'opera» e dell'«appalto di servizi», mentre ha creato una figura di «appalto di forniture», nella quale ha posizionato schemi causali che nulla hanno a che fare con l'appalto ed appaiono assoggettabili a norme tra loro completamente differenti.

Non pago di ciò, nel prevedere il possibile concorso tra i diversi sotto-tipi di «appalti pubblici», ha parlato di «contratti misti» anche là dove tradizionalmente si rimane entro i confini di un medesimo schema contrattuale (quello dell'appalto *tout court*, ex art. 1655 c.c.), come nell'ipotesi di concorso tra appalto di lavori ed appalto di servizi, ed anche là dove i rapporti negoziali potrebbero in realtà essere ricondotti ad altri fenomeni, con particolare attenzione al collegamento contrattuale.

Ulteriore difficoltà generata dal sistema normativo introdotto con il Codice dei contratti pubblici riguarda il regime applicabile ai singoli contratti, dato che, nel propendere in via generale per il criterio della prevalenza (o dell'assorbimento), l'art. 14 del d.lgs. 163/2006 insinua il

serio rischio di vedere applicate le norme dell'appalto di cui all'art. 1655 e ss. c.c., così come quelle della somministrazione richiamate *ex art.* 1677 c.c., anche ad operazioni economiche di vendita di beni, ovvero di *leasing*, ovvero di locazione o di acquisto a riscatto con o senza opzione per l'acquisto.

Le conseguenze che ne deriverebbero in termini di responsabilità, recesso, garanzie, sarebbero stravolte.

Peraltro, la prassi, soprattutto nel settore dell'informatica e della telematica, conosce figure contrattuali non sempre facilmente collocabili nell'oggetto espresso in sede definitiva con riguardo ai tre sotto-tipi di appalti pubblici previsti dal d.lgs. 163/2006. Si pensi, ad esempio, alla licenza d'uso di programmi per elaboratori, la cui disciplina non si colloca esattamente nello schema dell'«appalto», né in quello della «vendita di prodotti», né in quello della «locazione di beni», avendo tratti autonomi in parte importati dalla disciplina del diritto industriale (si pensi alle analogie con le licenze per l'utilizzo di marchi e di brevetti), per cui i diversi schemi causali richiamati valgono solamente ad individuare in via analogica la disciplina di volta in volta applicabile per i singoli aspetti dell'atipica fattispecie contrattuale, tipizzata nella prassi degli affari e nelle pronunce giurisprudenziali.

Al di là del discorso relativo alle licenze d'uso di *software*, l'intero settore delle *Information and Communication Technologies* (ICT) è attraversato da una vivacità di schemi contrattuali spesso concatenati l'un l'altro, in modo tale che non è sempre agevole valutare se si sia in presenza di un fenomeno contrattuale atipico unitario, eventualmente riconducibile ad un contratto misto (ove la causa unitaria è il frutto della fusione unitaria di cause appartenenti a schemi contrattuali differenti, solitamente tipici o, comunque, tipizzati), ovvero se si sia in presenza di un fenomeno negoziale di più ampio respiro, che vede il collegamento di più contratti causalmente autonomi ma tra loro connessi al fine di realizzare una unitaria e più complessa operazione economica⁵⁵.

La configurazione dei rapporti è tema piuttosto delicato nel settore ad esame e già da tempo la dottrina ha riflettuto su come le attuali

⁵⁵ Cfr. F. BRAVO, *L'unicità di regolamento nel collegamento negoziale: la «sovrapposizione» contrattuale*, cit., pp. 118 e ss.

tecniche di distribuzione commerciale e di redazione dei contratti possano avere riflessi negativi per il contraente «nei casi in cui la segmentazione dei contratti (e delle connesse responsabilità) contrasti con la sostanziale unitarietà dell'operazione economica complessiva. È ad esempio intuibile che l'inadempimento di un contratto di manutenzione (concluso con lo stesso fornitore) si riverbera inevitabilmente sul contratto principale, in quanto rende inutilizzabile quanto forma oggetto della fornitura, e potrebbe quindi legittimare l'eccezione di inadempimento anche rispetto al pagamento del corrispettivo di quest'ultimo: in maniera ancor più evidente, la risoluzione per qualsiasi causa del contratto principale priva di senso il contratto accessorio di assistenza o di manutenzione, e analogo nesso potrebbe riconoscersi, sia pure in maniera più problematica, nel rapporto tra contratti relativi all'*hardware* e contratti relativi al *software* (essendo l'uno inutilizzabile in difetto dell'altro)»⁵⁶.

I risvolti negativi della parcellizzazione delle prestazioni in contratti separati sono stati risolti in dottrina ed in giurisprudenza mediante l'applicazione della teoria del collegamento negoziale, in base al quale tutti i contratti, legati da un nesso di interdipendenza funzionale in quanto protesi a realizzazione un'unica operazione economica, sono soggetti al principio «*simul stabunt, simul cadent*», con ciò dovendosi intendere che le vicende e la sorte di ciascun contratto, e così ad esempio la risoluzione, l'annullamento, la nullità, si ripercuotono su tutti gli altri contratti ad esso collegati⁵⁷.

⁵⁶ C. ROSSELLO, *I contratti dell'informatica nella nuova disciplina del software*, Milano, 1997, pp. 6 e 7. Si veda, altresì, C. ROSSELLO, *Tecniche redazionali, garanzie e distribuzione del rischio nei «contratti dell'informatica»*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1986, pp. 733 e ss.

⁵⁷ C. ROSSELLO, *I contratti dell'informatica nella nuova disciplina del software*, cit., p. 7. Cfr., sul punto, anche P. SAMMARCO, *op. cit.*, p. 364, il quale rimarca che «Se vi è un collegamento di tipo unilaterale tra le diverse figure contrattuali presenti nell'operazione, vale a dire il caso in cui un contratto sia in stretta e diretta dipendenza da un altro, tanto da qualificare il primo come accessorio od anche ausiliario all'altro, ogni vicenda patologica invalidante che coinvolge il secondo andrà a riverberare i propri effetti anche sul contratto dipendente, che invece non presenta nella sua struttura alcun vizio. È il caso, ad esempio, del contratto di assistenza e manutenzione delle apparecchiature *hardware* che viene riconosciuta all'acquirente del sistema informatico e del contratto di acquisto delle medesime apparecchiature. Nel caso in cui risultasse viziato il contratto di compravendita, anche il contratto di assistenza e manutenzione da esplicitare sulle stesse

Altre volte si preferisce inquadrare la fattispecie concreta nell'ambito di un unico contratto misto, anziché in una pluralità di contratti collegati.

La giurisprudenza ha chiarito che «(...) il criterio distintivo tra contratto unico e contratto collegato non è dato da elementi formali, quali l'unità o pluralità dei documenti contrattuali, o dalla contestualità delle stipulazioni, bensì dall'elemento sostanziale dell'unità o pluralità degli interessi perseguiti (...)» (Cass. Civ., sez. III, 18 luglio 2004, n. 11240)⁵⁸.

Peraltro, i problemi di qualificazione e l'oscillazione tra la categoria del contratto misto e quella dei contratti collegati sono stati ravvisati, nel settore ICT, proprio con riferimento alla fornitura di un sistema informatico, nel cui ambito possono essere riscontrate prestazioni tra loro notevolmente diverse, quali: lo studio di fattibilità per l'individuazione della soluzione migliore; la consulenza tecnico-informatica per la progettazione del sistema informatico; la vendita di *hardware* (es.: *server, client, router, switch*); la realizzazione della rete locale (LAN); la vendita di licenze d'uso di *software* (con riferimento al *software* di base ed agli applicativi); l'eventuale sviluppo di *software ad hoc*; l'eventuale personalizzazione degli applicativi; l'installazione e la configurazione; la

apparecchiature risulterebbe travolto nella sua efficacia e ciò in quanto le sorti del contratto cosiddetto dipendente (il secondo) sono inevitabilmente ed inscindibilmente legate a quelle del contratto dominante e tutte le patologie di quest'ultimo, dalla nullità alla annullabilità, dall'inefficacia alla risolubilità, sono trasmesse direttamente anche all'altro che, in astratto e singolarmente considerato, avrebbe tutti i requisiti per rimanere invece valido. Ciò in quanto, con la caduta del contratto dominante di compravendita di hardware, si determina il venire stesso dello scopo del contratto di assistenza e di manutenzione sulle stesse apparecchiature. Ugualmente, per l'ipotesi del contratto di licenza di software unito al contratto di formazione inerente all'uso di tale programma per elaboratore (...). Nello stesso tracciato possiamo inserire il contratto di progettazione del sistema informatico con i successivi contratti che le parti andranno a concludere che, per ragioni di ordine logico, sono necessariamente dipendenti dal primo. Ugualmente per quanto attiene allo sviluppo del software personalizzato con l'assistenza e la manutenzione di esso». L'A. ult. cit. considera diversamente, invece, le trasmissioni delle vicende patologiche invalidanti dal contratto accessorio o dipendente al contratto principale, in quanto quest'ultimo, in linea generale, non verrebbe travolto dall'invalidità del negozio accessorio. In ciò non c'è uniformità di interpretazione in dottrina.

⁵⁸ Per una nota di commento alla sentenza riportata *in parte qua* nel testo cfr. F. BRAVO, *L'unicità di regolamento nel collegamento negoziale: la «sovrapposizione» contrattuale*, cit., pp. 118 e ss.

formazione, l'addestramento e l'avviamento; la manutenzione *hardware*; la manutenzione correttiva e la manutenzione migliorativa del *software*; l'assistenza tecnica a richiesta (*on-site*, telefonica, via e-mail); l'eventuale supporto tecnico *on-line* (*help-desk*); etc.

Si è ammonito che «anche un contratto apparentemente semplice come quello relativo alla vendita di macchinari (...) ricomprende (di per sé, e indipendentemente dal collegamento con altri separati contratti) una serie di prestazioni (attività di consulenza e assistenza, addestramento del personale, ecc.) classificabili come servizi, e in quanto tali estranee allo schema della compravendita. Per converso, un contratto come quello di sviluppo *software* (...), relativo alla organizzazione di un'attività di programmazione specificamente commissionata dall'utente – in quanto tale inquadrabile nello schema dell'appalto – prevede collateralmente la fornitura di beni (supporti fisici, materiali illustrativi e di documentazione, ecc.) rispetto ai quali ben potrebbe ipotizzarsi l'applicabilità della disciplina dei vizi redibitori apprestata in materia di compravendita»⁵⁹. Talvolta la commistione tra contratti è talmente stretta che si è parlato di contratti «chiavi in mano», in grado di ricomprendere «in un unico documento negoziale tutti gli elementi (materiali ed immateriali, aventi natura di beni o di servizi) della fornitura. In tal caso si è infatti con tutta evidenza in presenza di un unico contratto atipico con causa mista, che andrà amministrato secondo le tecniche indicate al riguardo dalla giurisprudenza»⁶⁰.

Inquadrato come un unico contratto a causa mista e, per questo, atipico (in quanto non espressamente riconducibile ai tipi di contratto legislativamente previsti), il fenomeno presenta però il carattere dell'«*atipicità standardizzata*»⁶¹, in quanto l'atipicità del contratto viene ripetuta in modelli ed in condizioni generali di contratto standardizzate, diffusamente utilizzate nella prassi degli affari⁶².

⁵⁹ C. ROSSELLO, *I contratti dell'informatica nella nuova disciplina del software*, cit., p. 8.

⁶⁰ C. ROSSELLO, *I contratti dell'informatica nella nuova disciplina del software*, cit., p. 9. Il riferimento è ai criteri della prevalenza (o dell'assorbimento), della combinazione e dell'interpretazione analogica.

⁶¹ Così C. ROSSELLO, *I contratti dell'informatica nella nuova disciplina del software*, cit., pp. 8 e ss.

⁶² Così C. ROSSELLO, *I contratti dell'informatica nella nuova disciplina del software*, cit., pp. 9 e ss.

La disciplina applicabile viene ad essere delineata non sempre in maniera inequivoca e spesso affidata alla soluzione giurisprudenziale, secondo l'apprezzamento e la sensibilità del giudicante. Infatti, la Suprema Corte di Cassazione ha affermato più volte il principio secondo cui «(...) Accertare se vi è un solo contratto [misto] o una pluralità di contratti [collegati] rientra nei compiti esclusivi del giudice di merito, il cui apprezzamento non è sindacabile in sede di legittimità, se sorretto da motivazione congrua ed immune da vizi logici e giuridici» (Cass. Civ., sez. III, 18 luglio 2004, n. 11240) ⁶³.

Le scelte interpretative per l'individuazione della disciplina giuridica dei contratti nel settore ICT, anche con riferimento ai «contratti pubblici di appalto» in ambito tecnologico, riflettono la complessità delineata ed il dibattito in corso sulla qualificazione del fenomeno contrattuale e sulla disciplina applicabile, per cui si ritiene di confermare l'opinione, già espressa *supra*, che la qualificazione ed i criteri applicativi delineati dall'art. 14 e dall'art. 15 del Codice dei contratti pubblici non alterano le interpretazioni (su qualificazione e criteri di individuazione della disciplina contrattuale) sviluppate dalla dottrina e dalla giurisprudenza in ambito privatistico sul fenomeno contrattuale nel settore dell'informatica, valendo l'art. 14 e l'art. 15 citati a risolvere, essenzialmente e primariamente, i problemi di disciplina applicabile ai procedimenti amministrativi che portano alla stipulazione del contratto.

Dunque, qualificare la fornitura di un sistema informatico come un contratto pubblico di appalto misto di fornitura e di servizi (in quanto contemplante le prestazioni molteplici e disomogenee sopra esemplificativamente annoverate), non vale a sottrarre la fattispecie contrattuale (una volta giunti alla stipulazione del contratto pubblico a seguito dell'aggiudicazione definitiva a cui si è giunti all'esito della procedura di affidamento) dal problema pratico, tipico dell'approccio

⁶³ Le parole tra parentesi quadre sono di chi scrive. Per il commento alla sentenza citata nel testo si rimanda, ancora una volta, a F. BRAVO, *L'unicità di regolamento nel collegamento negoziale: la «sovrapposizione» contrattuale*, cit., pp. 118 e ss. Per gli orientamenti giurisprudenziali in materia di contratti dell'informatica si rimanda alla preziosa raccolta di materiale proposta nell'opera di C. ROSSELLO, *I contratti dell'informatica nella nuova disciplina del software*, cit., pp. 197 e ss., nonché, in misura più sintetica, ai riferimenti in nota offerti da P. SAMMARCO, *op. cit.*, p. 369.

giusprivatistico, in ordine alla effettiva qualificazione del rapporto giuridico, tenendo conto se trattasi di collegamento negoziale o di contratto misto e se, nell'ambito di tali fenomeni, debba essere applicata, in tutto o in parte, la disciplina relativa ad uno o più tipi contrattuali, anche diversi dall'appalto di opere o di servizi *ex artt.* 1655 e ss. c.c..

In alte parole, sembra che l'avvenuta tipizzazione dei contratti pubblici di appalto, soprattutto con riferimento al sotto-tipo dell'appalto pubblico di forniture ed alle sue connessioni con il sotto-tipo dell'appalto pubblico di servizi, non faccia venir meno l'esigenza di un'indagine sulla qualificazione giusprivatistica dei rapporti contrattuali concretamente posti in essere dalle parti, senza escludere le ipotesi, ad esempio, in cui l'operazione economica sia da qualificare sostanzialmente come una «compravendita» sotto il profilo sostanziale, con applicazione della relativa disciplina, benché la stazione appaltante ricorra all'«appalto pubblico di forniture» per l'«acquisto di prodotti», soprattutto se di fabbricazione altrui. Né sembra da escludere, ancora una volta esemplificativamente, che si possa qualificare come collegamento negoziale un'operazione economica realizzata dalla stazione appaltante anche qualora ricorra allo schema dell'appalto misto di servizi e di forniture. L'indagine non può che essere svolta caso per caso, in relazione alla fattispecie concreta che di volta in volta viene a realizzarsi.

Decisiva appare, al riguardo, la scelta strategica della stazione appaltante nel processo di acquisizione delle risorse tecnologiche e le modalità con cui la stessa viene realizzata ed, altresì, esternata nella formulazione degli atti amministrativi ed in quelli negoziali.

Proprio sulle strategie di acquisizione e sulla loro inscindibile connessione con il tema dei contratti pubblici di appalto ha insistito il CNIPA nel Manuale Applicativo n. 2 del 25 gennaio 2005, intitolato «*Strategie di Acquisizione delle Forniture ICT*», reso nell'ambito delle già più volte richiamate «*Linee guida sulla qualità di beni e dei servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti della Pubblica Amministrazione*». In esse si sottolinea lo sforzo di reingegnerizzazione dei processi ed il ripensamento organizzativo che la fornitura ICT spesso richiede, soprattutto nelle ipotesi in cui la stazione appaltante decida, a livello strategico, di ricorrere all'esternalizzazione dei servizi mediante contratti di *outsourcing*, che

richiedono un diverso approccio della p.a., da organizzatore dei fattori di produzione acquisiti negli appalti, al fine di erogare in proprio i servizi ai cittadini ad organizzatore e controllore dell'attività delegata ai fornitori di servizi esterni, mediante *outsourcing* sia esso «globale» (c.d. *Full Outsourcing*) o «selettivo» (c.d. «*Selective Outsourcing*»).

Si consideri che nella scelta dell'approccio strategico adottabile da parte della p.a. può essere considerata anche la necessità che la p.a. medesima garantisca la qualità (pure secondo gli standard ISO 9001:2000) nella fornitura dei servizi, che, se non demandati all'esterno, è tenuta a svolgere in proprio.

L'esternalizzazione dei servizi che tradizionalmente la p.a. ha sempre svolto all'interno implica non solo che la p.a. svolga una funzione di committente e di direzione e controllo nei confronti del fornitore di servizi esternalizzati, ma anche che la gestione dei processi secondo gli standard della qualità certificata ISO 9001:2000, tipica delle *best practices* provenienti dal mondo imprenditoriale e già recepita legislativamente negli appalti pubblici di lavori, possa essere assicurata e replicata anche per la fornitura dei servizi tipici dell'attività amministrativa, in quanto richiesta contrattualmente e monitorata dalla stazione appaltante, eventualmente anche a mezzo di altri fornitori.

Nelle predette strategie di acquisizione delineate dal CNIPA, un ruolo peculiare è svolto dalla *governance* sui contratti. In particolare si evidenzia, in esse, che «Poiché la gestione del rapporto tra amministrazione e fornitore è fortemente condizionata dal rischio per l'amministrazione di trovarsi in una posizione di dipendenza, l'azione di governo del contratto deve garantire un rapporto paritetico. Questo può essere facilitato, garantendo la trasparenza e la tracciabilità delle attività espletate dal fornitore, mediante l'accesso da parte dell'amministrazione al sistema produttivo utilizzato dal fornitore. Nel linguaggio e nel senso definito della norma contrattuale UNI EN ISO 9001 sulla qualità, garantendo all'amministrazione l'accesso al sistema qualità ed alle registrazioni di qualità del fornitore. Sulla base di questo presupposto, governare il contratto significa per l'amministrazione attuare un'attenta azione di direzione dei lavori, effettuare il monitoraggio continuo dei servizi erogati dal fornitore, valutare periodicamente il livello di

soddisfazione degli utenti finali dei servizi. Tutto ciò facilita una valutazione di possibili elementi di rischio, il rispetto dei tempi e dei costi previsti, il mantenimento dei livelli di servizio ed il raggiungimento degli obiettivi stabiliti»⁶⁴.

Nella *governance* dei contratti, particolare attenzione deve essere posta anche all'individuazione delle prestazioni che si intendono richiedere a chi fornisce beni o servizi nel settore ICT, fissandole adeguatamente nel contratto e, prima ancora, nella determina o nella delibera a contrarre, nel bando e nei capitolati.

Anche su questo intervengono le Linee Guida del CNIPA, le quali, nell'intento di dare un contributo operativo alla scelta dell'individuazione delle prestazioni da indicare nell'oggetto contrattuale, dopo aver posto l'enfasi sull'importanza dello svolgimento di uno *studio di fattibilità*, passano in rassegna talune delle principali possibilità di acquisizione di forniture ICT, vagliandole sotto il profilo dell'approccio strategico di impronta manageriale e suddividendole per le seguenti aree tematiche:

a) strategie di acquisizione delle forniture ICT (*outsourcing* globale o selettivo dei servizi ICT; *outsourcing* dei processi di *business*; *insourcing* e *co-sourcing*; *joint venture* (società pubblica-privata); consorzi; *project financing*; comparazione delle strategie di acquisizione, fattori critici di successo);

b) strategie inerenti il *software* applicativo (sviluppo di *software ad hoc*; reingegnerizzazione e riuso di *software* esistente; utilizzo di soluzioni *open source*; utilizzo di soluzioni commerciali; soluzione progettuale contro realizzazione su specifiche);

c) architetture contrattuali (contratti quadro; suddivisione in lotti di una fornitura ICT; integrazione di più contratti ICT; utilizzo del subappalto);

d) contratti ICT (tipologie contrattuali; organizzazione del contratto);

e) principali contenuti dei contratti ICT (norme regolatrici; durata contrattuale; modalità di definizione dell'oggetto del contratto: descrizione dei servizi, livelli di servizio; modalità e condizioni della prestazione:

⁶⁴ CNIPA, *Linee guida sulla qualità dei beni e dei servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti della Pubblica Amministrazione. Strategie di acquisizione delle forniture ICT*, Manuale Applicativo n. 2, versione 1.0 del 25 gennaio 2005, p. 39.

specifiche per le risorse ICT, specifiche per le risorse professionali, specifiche per la sicurezza; utilizzo del subappalto; pianificazione delle transizioni);

f) modalità di controllo e verifica della prestazione (collaudi e verifiche; monitoraggio);

g) modalità di determinazione dei corrispettivi (modelli a corpo; modelli a consuntivo; quadro sinottico dei modelli; meccanismi di incentivazione *ex-post*; revisione dei prezzi);

h) forme di tutela (garanzie; cauzioni; penali).

Per una più chiara individuazione dell'oggetto del contratto nell'ambito delle forniture di beni e servizi dell'ICT e, conseguentemente, delle prestazioni da richiedere, le stazioni appaltanti possono giovare dell'ausilio fornito dal Manuale Operativo n. 4 del 15 dicembre 2005, intitolato «*Dizionario delle Forniture ICT*», reso nell'ambito delle citate Linee Guida del CNIPA.

In tale dizionario sono elencate trentadue «classi di fornitura» e quattro «servizi trasversali», per un totale di trentasei voci, ciascuna delle quali contenente una specifica dettagliata delle attività (e dunque delle relative prestazioni contrattuali) necessarie per la realizzazione della fornitura medesima.

Tali voci del dizionario sono state classificate dal CNIPA secondo lo schema che di seguito si riporta, per dar conto delle possibile complessità dell'appalto di forniture ICT:

1. SERVIZI PER L'UTENTE

1.1 SVILUPPO E MANUTENZIONE EVOLUTIVA APPLICAZIONI

1.1.1 Sviluppo e Manutenzione evolutiva di *software ad hoc*

1.1.2 Personalizzazione e Manutenzione evolutiva di prodotti esistenti

1.1.3 Sviluppo e Manutenzione evolutiva mediante soluzioni commerciali

1.2 GESTIONE E MANUTENZIONE APPLICAZIONI

1.2.1 Gestione applicativi e Basi Dati

1.2.2 Manutenzione correttiva ed adeguativa

1.2.3 Migrazione e conversioni applicazioni

1.3 ASSISTENZA ALL'UTENTE E FORMAZIONE

1.3.1 Assistenza in remoto e in locale

- 1.3.2 Formazione e addestramento
- 2. SERVIZI PER L'INTEROPERABILITÀ E LA COOPERAZIONE
- 2.1 SERVIZI DI INTEGRAZIONE
 - 2.1.1 Integrazione di prodotti *software* e basi dati
 - 2.1.2 Integrazione di sistemi e infrastrutture
- 2.2 SERVIZI APPLICATIVI
 - 2.2.1 Servizi applicativi in modalità ASP
 - 2.2.2 Posta elettronica
 - 2.2.3 Posta elettronica certificata
 - 2.2.4 Servizi Internet
 - 2.2.5 Gestione contenuti *WEB*
- 2.3 RICONOSCIMENTO DIGITALE
 - 2.3.1 Certificazione delle firma digitale
- 3. SERVIZI INFRASTRUTTURALI
- 3.1 SERVIZI PER LE RETI
 - 3.1.1 Sviluppo Reti
 - 3.1.2 Gestione e manutenzione reti
- 3.2 SERVIZI PER I SISTEMI
 - 3.2.1 Sviluppo sistemi
 - 3.2.2 Gestione sistemi
 - 3.2.3 Manutenzione sistemi
- 3.3 SERVIZI DI SICUREZZA
 - 3.3.1 Gestione della sicurezza logica
 - 3.3.2 Gestione della sicurezza fisica
- 3.4 SERVIZI DI GESTIONE DOCUMENTALE
 - 3.4.1 Trattamento documentale e acquisizione dati
 - 3.4.2 Gestione elettronica dei documenti
- 3.5 SERVIZI DI MONITORAGGIO DELLA QUALITÀ DEI SERVIZI
 - 3.5.1 Controllo dei livelli di servizio
- 3.6 SERVIZI DI *DESKTOP*
 - 3.6.1 Gestione e manutenzione delle postazioni di lavoro
- 4. SERVIZI DI CONSULENZA E *BODY RENTAL*
- 4.1 SERVIZI PROFESSIONALI
 - 4.1.1 Consulenza

- 4.1.2 Direzione lavori
- 4.1.3 Misura della *Customer Satisfaction*
- 4.2 SERVIZI DI *BODY RENTAL*
- 4.2.1 Ingegneria e Mano d'opera
- 5. FORNITURA DI BENI
- 5.1 FORNITURA DI PRODOTTI *HARDWARE* E *SOFTWARE*
- 5.1.1 Prodotti *Hardware* e *Software*
- 6. PROCESSI TRASVERSALI ALLE CLASSI DI SERVIZIO
- 6.1 PROCESSI DI SUPPORTO
- 6.1.1 Documentazione
- 6.1.2 Gestione della Configurazione
- 6.1.3 Assicurazione della Qualità
- 6.2 PROCESSI ORGANIZZATIVI
- 6.2.1 Gestione e Processi Organizzativi.

Secondo le indicazioni offerte dal CNIPA, ogni lemma del Dizionario si riferisce ad una «classe di fornitura ICT elementare», detta semplicemente «classe di fornitura», la quale rappresenta e delinea una «specifica tipologia di fornitura nell'insieme di quelle che si sono ritenute necessarie per rappresentare compiutamente i contratti ICT delle pubbliche amministrazioni»⁶⁵.

Si tenga conto che per ogni classe di fornitura presente nel Dizionario sono state riportate:

- a) la descrizione della Classe di fornitura elementare;
- b) l'esplicitazione di «regole» per l'uso della classe di fornitura;
- c) la descrizione delle attività di sviluppo e gestione operativa della Classe di fornitura ed i relativi prodotti di queste attività da esigere contrattualmente, come *deliverables* o come elementi di fornitura;
- d) una tabella riassuntiva delle attività, dei prodotti e degli indicatori di qualità;
- e) una scheda per ogni indicatore di qualità;

⁶⁵ CNIPA, *Linee guida sulla qualità dei beni e dei servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti della Pubblica Amministrazione. Dizionario delle Forniture ICT*, Manuale Operativo n. 4, versione 1.2 del 15 dicembre 2005, p. 3.

f) un glossario ⁶⁶.

Pur potendo essere assunte a base della stesura dei contratti e dei capitolati tecnici degli appalti pubblici, il CNIPA ammonisce che le classi di fornitura espresse nel Dizionario «non eliminano la complessa attività di scrittura di contratti e capitolati tecnici; più semplicemente aiutano la scrittura di questi documenti fornendo materiale da riutilizzare. Nell'ottica del riuso particolare attenzione dovrà essere prestata alle imprescindibili e necessarie attività di specificazione e taratura delle classi di fornitura ICT elementari utilizzate e, successivamente, all'integrazione delle diverse classi di fornitura scelte in un unico e coerente contratto ICT» ⁶⁷.

Dalla «Classe di fornitura» viene poi distinta l'«Istanza», definitiva come «uno specifico elemento di una Classe di fornitura caratterizzato in termini di dimensione di qualità (ad esempio in un contratto alla Classe di fornitura sviluppo e MEV [Manutenzione Evolutiva] di software applicativo appartengono due istanze: la procedura A della dimensione di 500 function point contraddistinta da una elevata usabilità perché destinata a cittadini ed imprese; la procedura B della dimensione di 1.000 function point di bassa usabilità perché destinata al personale specialistico addetto alla gestione)» ⁶⁸.

In altre parole, nell'ambito delle Classi di fornitura è possibile individuare una o più Istanze, ossia uno o più elementi della fornitura, da determinare qualitativamente e quantitativamente, che possono essere presi in considerazione isolatamente o unitamente ad altre istanze, appartenenti alla medesima Classe di fornitura o ad altra Classe di fornitura menzionata nel Dizionario.

La costruzione del contratto e, prima ancora, dei necessari atti amministrativi (determinazione o deliberazione a contrarre; bando;

⁶⁶ CNIPA, *Linee guida sulla qualità dei beni e dei servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti della Pubblica Amministrazione. Dizionario delle Forniture ICT*, Manuale Operativo n. 4, versione 1.2 del 15 dicembre 2005, pp. 4 e 5.

⁶⁷ CNIPA, *Linee guida sulla qualità dei beni e dei servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti della Pubblica Amministrazione. Dizionario delle Forniture ICT*, Manuale Operativo n. 4, cit., p. 3.

⁶⁸ CNIPA, *Linee guida sulla qualità dei beni e dei servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti della Pubblica Amministrazione. Dizionario delle Forniture ICT*, Manuale Operativo n. 4, cit., p. 8.

capitolati; etc.), passa in tal modo per una necessaria attività di specificazione delle Istanze di fornitura e per l'eventuale loro integrazione in un unico contratto, che potrà presentare i connotati del contratto tipico o atipico, ovvero del contratto misto (anche con «atipicità standardizzata»), oppure, a dispetto della formulazione in un unico documento, del collegamento tra una pluralità di negozi funzionalmente connessi⁶⁹.

⁶⁹ Le Linee Guida del CNIPA sottolineano, in proposito, che «La suddivisione delle forniture ICT, di cui normalmente si enfatizza l'integrazione, in componenti distinte può in alcuni casi sembrare artificiosa. Come si è detto i contratti ICT si riferiscono quasi sempre a più tipi di fornitura, integrati fra loro, che magari partecipano alla erogazione di un unico servizio. Si è tuttavia scelta la strada di una descrizione modulare per rendere possibile una individuazione analitica degli elementi specifici di ogni tipologia di fornitura e per poterne dominare la complessità. Se, come si è detto, l'approccio alla rappresentazione della poliedricità dei contratti ICT ha previsto la forzosa scomposizione dell'oggetto contrattuale in componenti elementari allo scopo di ottenere Classi di fornitura sufficientemente circoscritte e, per questo, più facili da descrivere e utilizzare, ne consegue che la scrittura di un contratto a partire dalle Classi di fornitura inverte il processo e richiede una composizione delle componenti elementari generate (...). L'adozione delle classi di fornitura e dei principi alla base della loro descrizione fornisce utili spunti e suggerimenti, aiuta e velocizza la scrittura dei contratti, li rende più coerenti internamente limitando il rischi odi descrivere istanze di fornitura in modo disomogeneo». Cfr. CNIPA, *Linee guida sulla qualità dei beni e dei servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti della Pubblica Amministrazione. Dizionario delle Forniture ICT*, Manuale Operativo n. 4, cit., p. 8.

CAPITOLO QUINTO

LE PROCEDURE PER L'INDIVIDUAZIONE DEGLI OFFERENTI E PER LA SELEZIONE DELLE OFFERTE

Oltre alla scelta in ordine ai contenuti dell'appalto per la fornitura dei beni e dei servizi ICT da richiedere nel bando e da esporre nel contratto, assume un ruolo importante anche la gestione ed il controllo delle modalità di selezione del fornitore, attraverso le possibili «procedure per l'individuazione degli offerenti» delineate nel d.lgs. 163/2006, nel cui ambito avviene anche la selezione dell'offerta con le modalità di aggiudicazione indicate dalla stazione appaltante (prezzo più basso; offerta economicamente più vantaggiosa)⁷⁰.

⁷⁰ Le Linee Guida del CNIPA, sempre con riguardo alle forniture di beni e di servizi nel settore ICT, precisano che tra prezzo più basso e offerta economicamente vantaggiosa «Le stazioni appaltanti scelgono quello che tra essi appare più adeguato in relazione alle caratteristiche dell'oggetto del contratto e lo indicano nel bando di gara, fatta salva la facoltà di non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea. Si ritiene consigliabile la modalità di aggiudicazione al prezzo più basso per le forniture in cui è preponderante la componente di beni rispetto a quella dei servizi ed ove gli stessi servizi sono connessi alle funzionalità dei beni e risultano standardizzati sia per le modalità di erogazione che per i livelli di servizio. Inoltre, con riferimento a forniture di maggiore complessità, al fine di aggiudicarle al prezzo più basso, si consiglia di procedere ad una stesura circostanziata del Capitolato Tecnico, che esprima in modo chiaro e inequivocabile le esigenze dell'Amministrazione, affinché quest'ultima si possa limitare a chiedere alle imprese potenziali partecipanti unicamente una semplice dichiarazione ove si attesti il rispetto, in caso di aggiudicazione, di tutte le modalità di fornitura espresse nella disciplina di gara. Si ritiene, invece, consigliabile la modalità di aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa per beni e/o servizi che per loro natura necessitano opportuna valutazione da parte della stazione appaltante. Al riguardo, il bando di gara elenca i criteri di valutazione e precisa la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi, anche mediante una soglia, espressa con un valore numerico determinato. Nel caso in cui tale ponderazione sia impossibile per ragioni dimostrabili, le stazioni appaltanti indicano nel bando di gara e nel capitolato d'oneri (in caso di dialogo competitivo, nel bando o nel documento descrittivo) l'ordine decrescente di importanza

La materia trova ora una disciplina agli artt. 54 e ss. del Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, il cui co. 1 statuisce che «Per l'individuazione degli operatori economici che possono presentare offerte per l'affidamento di un contratto pubblico, le stazioni appaltanti utilizzano le procedure aperte, ristrette, negoziate, ovvero il dialogo competitivo, di cui al presente codice».

Le procedure normali sono individuate al successivo co. 2, ove si dice che le stazioni appaltanti «aggiudicano i contratti mediante procedura aperta o mediante procedura ristretta», mentre solo in via di eccezione il co. 3 ed il co. 4 del citato art. 54 rispettivamente prevedono che «Alle condizioni specifiche espressamente previste, le stazioni appaltanti possono aggiudicare i contratti pubblici mediante il dialogo competitivo», nonché «mediante procedura negoziata, con o senza pubblicazione del bando di gara».

Le «*procedure aperte*», che hanno una corrispondenza con l'asta pubblica della precedente normativa, vengono definite all'art. 3, co. 36, del Codice come quelle «procedure in cui ogni operatore economico interessato può presentare un'offerta» e si differenziano dalle «*procedure ristrette*» in quanto queste ultime prevedono, invece, che ogni operatore economico possa chiedere alla stazione appaltante di partecipare alla procedura selettiva, potendo presentare un'offerta solo quegli operatori economici che siano stati invitati dalle stazioni appaltanti medesime, con le modalità stabilite dalle ulteriori norme del Codice.

La scelta tra procedura aperta e procedura selettiva deve essere indicata sin dal decreto o dalla determina a contrarre. Si noti come, ai sensi dell'art. 55, co. 2, del Codice, sia stato fissato il principio secondo cui deve preferenzialmente farsi ricorso alla procedura ristretta qualora il contratto non abbia ad oggetto la sola esecuzione, ovvero qualora il criterio di aggiudicazione sia individuato non nel prezzo più basso ma nell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il tipo di procedura scelta, unitamente alla specificazione dell'oggetto del contratto, devono poi essere riportati anche nel bando, con contestuale menzione del decreto o della determina a contrarre. Nel

dei criteri (...).Cfr. CNIPA, *Linee guida sulla qualità dei beni e dei servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti della Pubblica Amministrazione. Appalto Pubblico di Forniture ICT*, Manuale Applicativo n. 3, versione 2.0 dell'11 ottobre 2006, p. 15.

bando occorre che vengano precisati anche modalità e termini di presentazione delle offerte, per la procedura aperta; ove ricorra l'ipotesi della procedura ristretta, invece, il bando dovrà precisare le modalità e i termini di presentazione della richiesta di invito che precede la presentazione dell'offerta vera e propria, la quale dovrà giungere con le modalità ed entro i termini fissati nell'invito formulato dalla stazione appaltante ⁷¹.

All'art. 4, co. 39 e co. 40, del d.lgs. 163/2006 si trova la definizione, rispettivamente, del «dialogo competitivo» e delle «procedure negoziate», che il Codice prevede possano essere espletate con o senza bando.

Il «*dialogo competitivo*» è inteso come «una procedura nella quale la stazione appaltante, in caso di appalti particolarmente complessi, avvia un dialogo con i candidati ammessi a tale procedura, al fine di elaborare una o più soluzioni atte a soddisfare le sue necessità e sulla base della quale o delle quali i candidati selezionati saranno invitati a presentare le offerte; a tale procedura qualsiasi operatore può chiedere di partecipare» ⁷². Tale istituto è stato considerato come uno degli aspetti maggiormente innovativi introdotti in forza della nuova direttiva 2004/18/CE, il quale esige, per trovare applicazione, la particolare complessità dell'appalto pubblico, che si ha «quando l'amministrazione aggiudicatrice:

- non è oggettivamente in grado di definire (...) i mezzi tecnici atti a soddisfare le sue necessità o i suoi obiettivi, o
- non è oggettivamente in grado di specificare l'impostazione giuridica o finanziaria di un progetto» ⁷³.

⁷¹ Precisa infatti l'art. 55, co. 5, del Codice che «Nelle procedure aperte gli operatori economici presentano le proprie offerte nel rispetto delle modalità e dei termini fissati dal bando di gara», mentre, al co. 6 del medesimo articolo, si prevede che «Nelle procedure ristrette gli operatori economici presentano la richiesta di invito nel rispetto delle modalità e dei termini fissati dal bando di gara e, successivamente, le proprie offerte nel rispetto delle modalità e dei termini fissati nella lettera di invito (...)».

⁷² Così recita l'art. 3, co. 39, del d.lgs. 163/2006.

⁷³ R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice degli appalti pubblici. Le principali novità recate dal Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163*, cit., p. 112. Occorre comunque rimarcare che l'art. 58, co. 2, del Codice chiarisce che «Possono, secondo le circostanze concrete, essere considerati particolarmente complessi gli appalti per i quali la stazione appaltante non dispone, a causa di fattori oggettivi ad essa non imputabili, di studi in merito alla identificazione e quantificazione dei propri bisogni o

Le «*procedure negoziate*», invece, vengono definite come quelle «procedure in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto (...)»⁷⁴. Le medesime, sia con bando che senza bando, trovano la loro disciplina agli artt. 56 e 57 del Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture e sono connotate per il fatto che costituiscono ipotesi di eccezione, ammissibili solo nei casi tassativamente specificati nel dettato normativo di cui ai predetti articoli. A mero titolo di esempio, si pensi, per le procedure negoziate con previa pubblicazione del bando di gara, alle ipotesi in cui, all'esito dell'espletamento della gara con procedura aperta o ristretta o mediante dialogo competitivo, tutte le offerte presentate risultino irregolari, ovvero inammissibili⁷⁵. Si pensi altresì, per le procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando di gara, ai casi in cui all'esito di una procedura aperta o ristretta non sia stata presentata alcuna offerta, ovvero ai casi in cui per ragioni di natura tecnica o artistica o attinenti alla tutela di diritto esclusivi il contratto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato⁷⁶.

Qualora trovi applicazione la possibilità di ricorrere alla procedura negoziata con preventiva pubblicazione del bando *ex* art. 56 del Codice, le stazioni appaltanti negoziano con gli offerenti le offerte presentate, per adeguarle alle esigenze indicate nel bando, nel capitolato d'oneri e negli eventuali documenti complementari, al fine di individuare l'offerta migliore secondo i criteri di aggiudicazione e di selezione previsti. Le stazioni appaltanti possono prevedere, nel bando o nel capitolato d'oneri, che la procedura si svolga in fasi successive, in modo da ridurre progressivamente il numero di offerte da negoziare.

all'individuazione dei mezzi strumentali al soddisfacimento dei predetti bisogni, alle caratteristiche funzionali, tecniche, gestionali ed economico-finanziarie degli stessi e all'analisi dello stato di fatto e di diritto di ogni intervento nelle sue eventuali componenti storico-artistiche, architettoniche, paesaggistiche, nonché sulle componenti di sostenibilità ambientale, socio-economiche, amministrative e tecniche».

⁷⁴ Cfr. art. 3, co. 40, del d.lgs. 163/2006, ove si aggiunge che «Il cottimo fiduciario costituisce procedura negoziata».

⁷⁵ Per le ulteriori ipotesi, che per esigenze di economia del discorso non è possibile enucleare, si rinvia alla lettura dell'intero art. 56 del d.lgs. 163/2006.

⁷⁶ Per le ulteriori ipotesi si rimanda, questa volta, all'art. 57 del d.lgs. 163/2006.

Viceversa, quando v'è la possibilità di ricorrere alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, prevista e disciplinata dall'art. 57 del Codice, la stazione appaltante, ove possibile, «individua gli operatori economici da consultare sulla base delle informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economico finanziaria e tecnico-organizzativa desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e seleziona almeno tre operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei. Gli operatori economici selezionati vengono contemporaneamente invitati a presentare le offerte oggetto della negoziazione, con lettera contenente gli elementi essenziali della prestazione richiesta. La stazione appaltante sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, secondo il criterio del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa, previa verifica del possesso dei requisiti di qualificazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta, o negoziata previo bando»⁷⁷.

Una menzione merita anche l'«*accordo quadro*», il quale, previsto inizialmente solo nei settori speciali ed esteso successivamente anche ai settori ordinari dalla direttiva 2004/18/CE, trova ora la sua disciplina all'art. 3, co. 13, ad all'art. 59 del d.lgs. 163/2006⁷⁸. In merito a tale istituto è stato rimarcato che «Ai sensi dell'art. 3, co. 13 del codice, l'«accordo quadro» è un accordo concluso tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici e il cui scopo è quello di stabilire le clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un dato periodo, in particolare per quanto riguarda i prezzi e, se del caso, le quantità previste. Rispetto alla direttiva comunitaria, il codice ha circoscritto l'ambito di utilizzabilità dell'accordo quadro, per prevenire applicazioni distorte o comunque eccessivamente discrezionali dell'istituto. Infatti, per i lavori, gli accordi quadro sono ammessi in relazione ai lavori di manutenzione e negli altri casi, da precedersi nel regolamento, in cui i lavori sono connotati da serialità e caratteristiche esecutive standardizzate (...). Per i servizi, gli accordi quadro non sono ammessi per la progettazione e per

⁷⁷ Così recita l'art. 57, co. 6, del d.lgs. 163/2006.

⁷⁸ Cfr. R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice degli appalti pubblici. Le principali novità recate dal Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163*, cit., p. 113.

altri servizi di natura intellettuale, salvo che siano connotati da serialità e caratteristiche esecutive standardizzate, da individuarsi nel regolamento»

⁷⁹.

⁷⁹ R. DE NICOLIS, *Il nuovo codice degli appalti pubblici. Le principali novità recate dal Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163*, cit., p. 113.

CAPITOLO SESTO

I SISTEMI DINAMICI DI ACQUISIZIONE

Nell'ambito dei sistemi per l'individuazione del soggetto offerente e per la selezione dell'offerta migliore, un posto di rilievo crescente deve essere attribuito sia ai sistemi dinamici di acquisizione, sia all'asta elettronica, trattandosi di modalità con cui le stazioni appaltanti possono gestire con maggiore efficienza e con riduzione di tempi, costi, spostamenti ed energie le procedure volte all'aggiudicazione dell'appalto.

L'art. 3, co. 14, del d.lgs. 163/2006 definisce il «*sistema dinamico di acquisizione*» come «un processo di acquisizione interamente elettronico, per acquisti di uso corrente, le cui caratteristiche generalmente disponibili sul mercato soddisfano le esigenze di una stazione appaltante, limitato nel tempo ed aperto per tutta la sua durata a qualsivoglia operatore economico che soddisfi i criteri di selezione e che abbia presentato un'offerta indicativa conforme al capitolato d'oneri».

La disciplina, già prevista all'art. 33 della direttiva 2004/18/CE, si trova contemplata nell'art. 60 del Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Tale articolo, rubricato proprio «Sistemi dinamici di acquisizione», statuisce, al co. 1, il principio generale secondo cui «Le stazioni appaltanti possono ricorrere a sistemi dinamici di acquisizione», precisando al contempo che «Tali sistemi sono utilizzati esclusivamente nel caso di forniture di beni e servizi tipizzati e standardizzati, di uso corrente, esclusi gli appalti di forniture o servizi da realizzare in base a specifiche tecniche del committente che, per la loro complessità, non possano essere valutate tramite il sistema dinamico di acquisizione».

L'istituzione del sistema dinamico di acquisizione può avvenire, da parte delle stazioni appaltanti, mediante applicazione delle norme relative

alla «procedura aperta in tutte le sue fasi, fino all'attribuzione degli appalti da aggiudicare nell'ambito di detto sistema»⁸⁰.

In tal modo, il sistema di acquisizione in parola viene ad essere inteso come una *species* del *genus* della procedura aperta, utilizzabile solamente per appalti di forniture e servizi di uso corrente, connotati da standardizzazione di prodotto o di processo.

Al sistema dinamico di acquisizione vengono ammessi tutti gli offerenti che soddisfino i criteri di selezione indicati nella procedura di ammissione e che abbiano presentato un'offerta indicativa conforme al capitolato d'onori ed agli eventuali documenti complementari. Si noti che le offerte presentate dai soggetti ammessi al sistema vengono ritenute offerte «indicative» e non definitive, giacché si prevede, *ex art.* 60, co. 4, del d.lgs. 163/2006, che tali offerte possano essere migliorate in qualsiasi momento dagli operatori economici ammessi, purché ovviamente restino conformi a quanto previsto nel capitolato d'onori.

Per istituire il sistema dinamico di acquisizione, le stazioni appaltanti devono provvedere, innanzitutto, alla pubblicazione di un bando di gara, indicando espressamente che si tratta di un sistema dinamico di acquisizione.

Va poi precisata, nel capitolato d'onori, la natura degli acquisti previsti, destinati a formare oggetto del sistema dinamico di acquisizione. Il capitolato deve riportare, altresì, tutte le informazioni necessarie riguardanti il sistema medesimo, nonché le attrezzature elettroniche utilizzate e le specifiche tecniche di connessione. Inoltre, deve essere sempre garantita, da parte delle stazioni appaltanti, l'offerta per via elettronica, dalla pubblicazione del bando e fino alla conclusione del sistema, dell'accesso libero, diretto e completo al capitolato d'onori e a qualsiasi documento complementare. La libertà di accesso è assicurata anche dall'art. 60, co. 15, del d.lgs. 163/2006, ove si prevede, in recepimento delle indicazioni contenute nella direttiva 2004/18/CE, che «Non possono essere posti a carico degli operatori economici interessati o dei partecipanti al sistema contributi di carattere amministrativo».

Nel bando di gara, infine, deve essere indicato l'indirizzo Internet presso il quale è possibile la consultazione di tali documenti.

⁸⁰ Cfr. art. 60, co. 2, del d.lgs. 163/2006.

Sia per l'istituzione del sistema dinamico di acquisizione che per l'aggiudicazione degli appalti nell'ambito del sistema medesimo, le stazioni appaltanti utilizzano esclusivamente «mezzi elettronici»⁸¹, in conformità all'art. 77, co. 5 e 6, del Codice, ove si stabilisce, *inter alia*, che «Quando le stazioni appaltanti chiedano e acconsentano alle comunicazioni per via elettronica, gli strumenti da utilizzare per comunicare per via elettronica, nonché le relative caratteristiche tecniche, devono essere di carattere non discriminatorio, comunemente disponibili al pubblico e compatibili con i prodotti della tecnologia dell'informazione e della comunicazione generalmente in uso (...)»⁸². Inoltre, nelle disposizioni da ultimo richiamate si prevede che ai «dispositivi di trasmissione e ricezione elettronica delle offerte e ai dispositivi di ricezione elettronica delle domande di partecipazione si applicano le seguenti regole:

a) le informazioni concernenti le specifiche necessarie alla presentazione di offerte e domande di partecipazione per via elettronica, ivi compresa la cifratura, sono messe a disposizione degli interessati. Inoltre i dispositivi di ricezione elettronica delle offerte e delle domande di partecipazione sono conformi ai requisiti dell'allegato XII, nel rispetto, altresì, del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, per le stazioni appaltanti tenute alla sua osservanza;

⁸¹ Si tenga conto che, sotto il profilo definitorio, l'art. 3, co. 43, del d.lgs. 163/2006 per «mezzo elettronico» intende «un mezzo che utilizza apparecchiature elettroniche di elaborazione (compresa la compressione numerica) e di archiviazione dei dati e che utilizza la diffusione, la trasmissione e la ricezione via filo, via radio, attraverso mezzi ottici o altri mezzi elettromagnetici».

⁸² Cfr. art. 77, co. 5, del d.lgs. 163/2006, il quale prosegue ricordando che «Le stazioni appaltanti che siano soggetti tenuti all'osservanza del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82 (codice dell'amministrazione digitale) e del decreto legislativo 28 febbraio 2005, n. 42 (istituzione del sistema pubblico di connettività e della rete internazionale della pubblica amministrazione, a norma dell'articolo 10, della legge 29 luglio 2003, n. 229), operano nel rispetto delle previsioni di tali atti legislativi e successive modificazioni, e delle relative norme di attuazione ed esecuzione. In particolare, gli scambi di comunicazioni tra amministrazioni aggiudicatrici e operatori economici deve avvenire tramite posta elettronica certificata, ai sensi dell'articolo 48, del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, del decreto del Presidente della Repubblica 11 febbraio 2005, n. 68 e del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445».

b) le offerte presentate per via elettronica possono essere effettuate solo utilizzando la firma elettronica digitale come definita e disciplinata dal decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82;

c) per la prestazione dei servizi di certificazione in relazione ai dispositivi elettronici della lettera a) e in relazione alla firma digitale di cui alla lettera b), si applicano le norme sui certificatori qualificati e sul sistema di accreditamento facoltativo, dettate dal decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82;

d) gli offerenti e i candidati si impegnano a che i documenti, i certificati e le dichiarazioni relativi ai requisiti di partecipazione di cui agli articoli da 38 a 46 e di cui agli articoli 231, 232, 233, se non sono disponibili in formato elettronico, siano presentati in forma cartacea prima della scadenza del termine previsto per la presentazione delle offerte o delle domande di partecipazione»⁸³.

Affinché venga assicurato il principio di parità di trattamento, non discriminazione e di trasparenza, ribaditi anche nella direttiva 2004/18/CE, il Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture prevede, all'art. 60, co. 7, che le stazioni appaltanti accordino a qualunque operatore economico interessato, per tutta la durata del sistema dinamico di acquisizione (che, *ex art.* 60, co. 13, del d.lgs. 163/2006 non può superare quattro anni, tranne in casi eccezionali debitamente giustificati), la possibilità di presentare un'offerta indicativa conforme al capitolato d'oneri ed agli eventuali documenti complementari, per poter essere ammesso al sistema medesimo nel rispetto dei criteri di selezione previsti nel bando⁸⁴.

La valutazione delle offerte indicative deve essere effettuata entro quindici giorni dalla loro presentazione, a meno che le stazioni appaltanti non decidano di prolungare il periodo di valutazione⁸⁵. All'esito della

⁸³ Così recita l'art. 77, co. 6, del d.lgs. 163/2006. Sul punto, per esigenze di economia di trattazione, si rinvia fin d'ora a quanto si avrà modo di precisare in altra sede.

⁸⁴ Si rimarca in proposito che l'art. 60, co. 14, del d.lgs. 163/2006 statuisce il principio secondo cui «Le stazioni appaltanti non possono ricorrere a un sistema dinamico di acquisizione in modo da ostacolare, limitare o distorcere la concorrenza».

⁸⁵ Si tenga conto che l'art. 60, co. 8, del d.lgs. 163/2006 consente alle stazioni appaltanti di prolungare il periodo di valutazione delle offerte indicative oltre i quindici giorni previsti dalla medesima norma, a condizione che nessun altro appalto sia *medio tempore*

valutazione, l'offerente deve essere espressamente informato al più presto in ordine alla sua ammissione o meno al sistema dinamico di acquisizione.

L'appalto viene aggiudicato a seguito di un confronto concorrenziale tra tutti gli offerenti ammessi a partecipare sulla base delle offerte indicative inizialmente formulate ai fini dell'ammissione al sistema dinamico di acquisizione.

Istituito il sistema dinamico ed ammessi gli offerenti, le stazioni appaltanti avviano all'occorrenza, di volta in volta, le procedure per l'aggiudicazione di un appalto specifico, pubblicando il relativo bando di gara semplificato, invitando «tutti gli operatori economici interessati a presentare un'offerta indicativa, conformemente al comma 3, entro un termine che non può essere inferiore a 15 giorni a decorrere dalla data di invio del bando di gara semplificato (...)»⁸⁶.

Il confronto concorrenziale può essere avviato solamente dopo che, decorso il predetto termine di presentazione delle offerte indicative, le stazioni appaltanti abbiano terminato la valutazione di tutte le offerte indicative pervenute nei termini⁸⁷.

Gli offerenti ammessi vengono conseguentemente invitati a presentare un'offerta per ogni appalto specifico da aggiudicare nel quadro del sistema dinamico di acquisizione ed a tal fine le stazioni appaltanti fissano, nell'invito, un termine sufficiente per la presentazione delle offerte relative all'appalto specifico ed, all'occorrenza, la precisazione dei criteri di aggiudicazione enunciati nel bando di gara per l'istituzione del sistema dinamico di acquisizione.

L'appalto viene aggiudicato in favore dell'offerente che ha presentato la migliore offerta in base ai predetti criteri.

messo in concorrenza.

⁸⁶ Così recita l'art. 60, co. 10, del d.lgs. 163/2006.

⁸⁷ Si veda, ancora, la formulazione dell'art. 60, co. 10, ultima parte, del d.lgs. 163/2006.

CAPITOLO SETTIMO

L'ASTA ELETTRONICA

Dal «sistema dinamico di acquisizione» si differenzia l'«asta elettronica», disciplinata *ex* art. 85 del Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, definita all'art. 3, co. 15, del medesimo corpo normativo come «un processo per fasi successive basato su un dispositivo elettronico di presentazione di nuovi pezzi, modificato 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 (...)».

Innanzitutto v'è da precisare che il ricorso all'«asta elettronica» per l'aggiudicazione dei contratti di appalto è facoltativamente rimesso alla stazione appaltante, a determinate condizioni, con riferimento a diverse procedure di acquisizione, quali le procedure aperte, le procedure ristrette e le procedure negoziate con previa pubblicazione del bando ⁸⁸.

Il ricorso all'asta elettronica incontra poi dei limiti di ordine oggettivo, giacché l'art. 3, co. 15, ultima parte, del d.lgs. 163/2006 dispone che «(...) Gli appalti di servizi e di lavori che hanno per oggetto prestazioni intellettuali, come la progettazione di lavori, non possono essere oggetto di aste elettroniche».

Se ne può dedurre dunque che, fatta eccezione per le prestazioni intellettuali, non suscettibili di aggiudicazione con l'asta elettronica, quest'ultima può ben essere impiegata per altre tipologie di oggetto in tutti i sottotipi di appalto pubblico, siano essi di lavori, di servizi o di forniture,

⁸⁸ Si veda, in tal senso, l'art. 85, co. 1, del d.lgs. 163/2006. Al co. 2 del medesimo articolo, poi, si trova previsto che «(...) le stazioni appaltanti possono stabilire di ricorrere all'asta elettronica in occasione del rilancio del confronto competitivo fra le parti di un accordo quadro, e dell'indizione di gare per appalti da aggiudicare nell'ambito del sistema dinamico di acquisizione».

entro le condizioni ed i limiti espressi all'art. 85, co. 3, del d.lgs. 163/2006. Tale disposizione normativa, infatti, statuisce 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 (...)».

V'è poi un limite di ordine generale, fissato nell'ultima parte della disposizione dianzi citata, ove si prevede che «(...) Le stazioni appaltanti non possono ricorrere alle aste elettroniche abusivamente o in modo tale 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».

Il ricorso all'asta elettronica per l'aggiudicazione dei contratti di appalto deve essere indicato in maniera espressa dalla stazione appaltante nel bando di gara. Nel bando o nel capitolato devono inoltre essere specificamente riportate le seguenti informazioni, conformemente a quanto previsto *ex* art. 85, co. 6, del Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture:

- a) gli elementi i cui valori sono oggetto di valutazione automatica nel corso dell'asta elettronica;
- b) gli eventuali limiti minimi e massimi dei valori degli elementi dell'offerta, come indicati nelle specifiche dell'appalto;
- c) le informazioni che saranno messe a disposizione degli offerenti nel corso dell'asta elettronica con eventuale indicazione del momento in cui saranno messe a loro disposizione;
- d) le informazioni riguardanti lo svolgimento dell'asta elettronica;
- e) le condizioni alle quali gli offerenti possono effettuare rilanci e, in particolare, gli scarti minimi eventualmente richiesti per il rilancio;
- f) le informazioni riguardanti il dispositivo elettronico utilizzato, nonché le modalità e specifiche tecniche di collegamento.

Si tenga presente poi che, a seconda delle modalità e dei criteri utilizzati per l'aggiudicazione, l'asta elettronica riguarderà «unicamente i prezzi, quando l'appalto viene aggiudicato al prezzo più basso»⁸⁹, ovvero

⁸⁹ Cfr. art. 85, co. 4, lett. a), del d.lgs. 163/2006.

«i prezzi e i valori degli elementi dell'offerta indicati negli atti di gara, quando l'appalto viene aggiudicato all'offerta economicamente più vantaggiosa»⁹⁰.

A seguito della pubblicazione del bando, la stazione appaltante raccoglierà le offerte pervenute con le modalità e nei termini indicati nel bando stesso e procederà ad effettuare una prima valutazione con le modalità ivi previste, nel rispetto dei prescelti criteri di aggiudicazione.

Successivamente, la stazione appaltante provvederà ad invitare simultaneamente, per via elettronica, tutti coloro che hanno presentato offerte giudicate ammissibili a presentare nuovi prezzi o nuovi valori.

L'invito formulato agli offerenti ammessi dovrà contenere «ogni informazione necessaria al collegamento individuale al dispositivo elettronico utilizzato e precisa la data e l'ora di inizio dell'asta elettronica. L'asta elettronica si svolge in un'unica seduta e non può aver inizio prima di due giorni lavorativi a decorrere dalla data di invio degli inviti»⁹¹.

L'art. 85, co. 9, del d.lgs. 163/2006 prevede poi a regolamentare il sistema delle informazioni rilasciate agli offerenti, a cura delle stazioni appaltanti. Queste ultime, infatti, sono tenute a comunicare agli offerenti, in «tempo reale», almeno le informazioni che consentono agli operatori economici «di conoscere in ogni momento la rispettiva classificazione». Tali informazioni si connotano, dunque, come necessarie ed indispensabili e devono essere rilasciate in modo automatico mediante appositi predisposizioni del sistema elettronico.

⁹⁰ Cfr. art. 85, co. 4, lett. b), del d.lgs. 163/2006.

⁹¹ Cfr. art. 85, co. 7, del d.lgs. 163/2006. Si noti che, ai sensi del successivo co. 8, «Quando l'aggiudicazione avviene in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'invito di cui al comma 7 è corredato del risultato della valutazione completa dell'offerta dell'offerente interessato, effettuata conformemente alla ponderazione di cui all'articolo 83, comma 2. 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. Questa formula integra la ponderazione di tutti i criteri stabiliti per determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa, quale indicata nel bando o negli altri atti di gara; a tal fine le eventuali forcelle devono essere precedentemente espresse con un valore determinato. Qualora siano ammesse varianti, per ciascuna variante deve essere fornita una formula matematica separata per la relativa ponderazione».

Viceversa, per le ulteriori informazioni riguardanti prezzi o valori presentati da altri offerenti, le stazioni appaltanti possono provvedere facoltativamente alla loro comunicazione, purché si dia apposita previsione negli atti di gara.

Ad ogni modo, in qualsiasi momento, le stazioni appaltanti medesime possono inoltre annunciare il numero di partecipanti alla relativa fase d'asta, ma in nessun caso può rendersi nota l'identità degli altri offerenti durante lo svolgimento dell'asta e fino all'aggiudicazione.

La chiusura dell'asta elettronica deve essere dichiarata alla data ed all'ora preventivamente fissate dalle stazioni appaltanti. Le conseguente aggiudicazione viene effettuata sulla base dei risultati dell'asta elettronica, secondo le regole generali fissati all'art. 81 del Codice dei contratti pubblici, con possibilità anche di andare incontro alla mancata aggiudicazione⁹².

All'emanando regolamento di attuazione viene demandato di stabilire:

a) i presupposti e le condizioni specifiche per il ricorso alle aste elettroniche;

b) i requisiti e le modalità tecniche della procedura di asta elettronica;

c) le condizioni e le modalità di esercizio del diritto di accesso agli atti della procedura di asta elettronica, nel rispetto dell'art. 13 del d.lgs. 163/2006.

L'ultimo comma dell'art. 85 del Codice dei contratti pubblici, infine, consente espressamente alle stazioni appaltanti, sempre nel rispetto delle condizioni contemplate al co. 3 del medesimo articolo e sopra ricordate,

⁹² Il testo dell'art. 81 («*Criteri per la scelta dell'offerta migliore*») del d.lgs. 163/2006, com'è noto, prevede che «1. Nei contratti pubblici, fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative alla remunerazione di servizi specifici, la migliore offerta è selezionata con il criterio del prezzo più basso o con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

2. Le stazioni appaltanti scelgono, tra i criteri di cui al comma 1, quello più adeguato in relazione alle caratteristiche dell'oggetto del contratto, e indicano nel bando di gara quale dei due criteri di cui al comma 1 sarà applicato per selezionare la migliore offerta.

3. Le stazioni appaltanti possono decidere di non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto».

di ricorrere a procedure di gara parzialmente o anche «interamente gestite con sistemi telematici, disciplinate con il regolamento nel rispetto delle disposizioni di cui al presente codice».

Grande impulso al settore verrà pertanto dato dalla normazione di natura regolamentare che si sta attendendo ⁹³.

⁹³ Sulla materia, che in questa sede viene passata solamente in rassegna per esigenze di economia del discorso, si tornerà *amplius* in occasione dell'emanazione del regolamento di attuazione, che costituirà momento importante per la disciplina delle aste pubbliche elettroniche. Sia consentito, pertanto, rinviare fin d'ora ad altra sede per il prosieguo del discorso e per gli ulteriori approfondimenti.

CAPITOLO OTTAVO

GLI APPALTI PUBBLICI ELETTRONICI NEL PIANO DI AZIONE DELLA COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE

Nell'ambito di una cornice normativa già matura quanto alla regolamentazione degli strumenti elettronici e della loro rilevanza giuridica in ambito contrattuale (si pensi, ad esempio, alla direttiva 1999/93/CE sulle firme elettroniche, nonché alla direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico), le istituzioni comunitarie, con le direttive del 2004, hanno dato un grande impulso alla disciplina dell'uso degli strumenti elettronici in materia di appalti.

Vi sono diversi programmi, in ambito comunitario, destinati a coordinare, sviluppare ed incentivare lo sviluppo degli appalti pubblici elettronici, visti sia come strumento per garantire l'effettiva creazione del mercato unico in ambito europeo, sia come strumenti per agevolare l'accesso concorrenziale tra le imprese interessate, a prescindere dal Paese membro di origine, sia come mezzi per assicurare la trasparenza e la parità di trattamento tra gli operatori del mercato, sia, infine, come strumenti idonei a arginare il fenomeno della corruzione che più di talvolta è stato riscontrato intorno alle procedure di gara per l'aggiudicazione dei contratti di appalto pubblici.

La Commissione delle Comunità europee, in data 13 dicembre 2004, e dunque a distanza di circa nove mesi dall'emanazione della direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, ha emanato una «Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale

europeo e al Comitato delle Regioni», avente ad oggetto il «*Piano d'azione per l'attuazione del quadro giuridico relativo agli appalti pubblici elettronici*»⁹⁴.

Tale documento è estremamente interessante e significativo, in quanto, proprio a ridosso della direttiva e nella prima decorrenza dei termini previsti per il suo recepimento (avvenuto nel nostro ordinamento, com'è noto, con il d.lgs. 163/2006 più volte citato nel presente lavoro), fissa i punti di riferimento per le azioni volte ad applicare il nuovo quadro giuridico in tema di appalti elettronici.

In tale documento si legge che «Le gare d'appalto *on line*, se generalizzate, possono far risparmiare sino al 5% in termini di spesa ai governi e sino al 50-80% sui costi di transazione tanto agli acquirenti quanto ai fornitori. I benefici per tutta l'UE in termini di concorrenza e di efficienza sono difficili da quantificare, ma una maggiore concorrenza ed efficienza nei mercati degli appalti pubblici possono incidere – direttamente e indirettamente – sull'intera economia e svolgere un ruolo importante nel raggiungimento degli obiettivi di Lisbona».

Nel prossimo futuro si cercherà di agire sulla rimozione dei possibili ostacoli all'effettiva attuazione degli appalti pubblici elettronici, garantendo l'interoperabilità, a livello tecnologico, delle risorse impiegate nel mercato degli appalti pubblici, tanto con riferimento a quelle che saranno previste di volta in volta dalle diverse stazioni appaltanti ed, al contempo, a quelle utilizzate di volta in volta da tutti gli operatori economici che, nell'ambito dell'Unione europea, a prescindere dalle soluzioni tecnologiche usate nel Paese membro di origine, intendono partecipare alla gara o, comunque, alla procedura di aggiudicazione prevista.

Come ribadito nella citata Comunicazione della Commissione delle Comunità europee, occorrerà, ad esempio, affrontare le difficoltà potenzialmente connesse «all'utilizzo di firme elettroniche avanzate, in particolare delle firme basate su un certificato qualificato e create

⁹⁴ Si tenga conto che l'espressione «*appalti pubblici elettronici*» viene impiegato per indicare non un nuovo modello di appalto per il settore pubblico, bensì l'utilizzo di strumenti e procedure elettroniche per garantire che ogni operatore economico appartenente ad un qualsiasi paese membro della Comunità europea e dotato di un minimo equipaggiamento tecnologico di base, possa concorrere all'aggiudicazione dei contratti di appalto a prescindere dall'ubicazione della propria sede o di quella della stazione appaltante.

mediante un dispositivo per la creazione di firme sicure (in appresso “firme qualificate”). Le nuove direttive non stabiliscono quale tipo di firma elettronica vada usato nelle gare d'appalto. Pertanto, gli Stati membri – che hanno concezioni giuridiche diverse in materia di firma – possono scegliere quale livello di sicurezza esigere in conformità della direttiva sulle firme elettroniche 1999/93/CE. Tuttavia, le direttive obbligano gli acquirenti pubblici nell'UE a riconoscere, ricevere e trattare le offerte presentate, se richiesto, con una firma qualificata e con i relativi certificati, indipendentemente dalla loro origine all'interno dell'UE o dalle loro caratteristiche tecniche e anche qualora contengano documenti di varia origine (vale a dire, provenienti da un consorzio di fornitori) e, magari, rechino firme con un diverso livello di sicurezza apposte da vari soggetti (cioè, da diverse autorità nazionali)».

Gli appalti pubblici elettronici, come è stato ben osservato, registrano una peculiarità interessante, che merita di essere affrontata adeguatamente, giacché vengono a connotare «il primo settore nel quale le imprese usano le firme qualificate nell'ambito di transazione con gli enti pubblici di uno Stato membro diverso dal loro paese d'origine. Pertanto, le significative differenze esistenti tra le firme qualificate richieste da alcuni Stati membri dovrebbero essere motivo di grande preoccupazione. I problemi di interoperabilità riscontrati nonostante l'esistenza di norme comuni e l'assenza di un mercato europeo maturo per questo tipo di firme frappongono un ostacolo reale e forse persistente agli appalti elettronici transfrontalieri».

Le istituzioni comunitarie stanno lavorando per la soluzione di tali paventati problemi. Vero è che l'accennata transizione dal sistema tradizionale a quello elettronico per la gestione degli appalti pubblici e delle procedure di aggiudicazione transfrontaliere necessita di passaggi graduali e molto già si è fatto. Il contesto che si sta creando mira a rendere facilmente possibile la transizione verso modelli di appalto pubblico elettronico, con progressivo abbandono dell'appalto pubblico tradizionale, basato essenzialmente su supporto cartaceo.

Già l'introduzione del vocabolario comune per gli appalti pubblici (CPV), introdotto dal Regolamento 2195/2002/CE e l'utilizzo dei formulari standard per la formazione e la pubblicità dei bandi di rilevanza

comunitaria (c.d. sopra soglia) procedono nella direzione di rendere omogenea la prassi instaurata in materia di appalti pubblici, a prescindere dal contesto nazionale di riferimento e, dunque, di consentire l'effettiva partecipazione di tutti i soggetti che intendano concorrere nelle procedure per l'aggiudicazione.

La rimozione degli ostacoli per la realizzazione definitiva degli appalti pubblici elettronici passa, dunque, per la soluzione dei problemi tecnici di interoperabilità, al vaglio di importanti programmi in corso di svolgimento, e per incisive azioni di sensibilizzazione, volte a stabilire la fiducia verso il nuovo sistema.

Anche sul punto il Piano di Azione citato è chiaro, enunciando che, «Per creare fiducia negli appalti elettronici, occorre promuovere lo sviluppo di sistemi di verifica del rispetto delle norme. La Commissione raccomanda vivamente agli Stati membri di introdurre o mantenere, conformemente alle direttive, sistemi volontari di accreditamento diretti ad accertare che le procedure per gli appalti elettronici siano conformi alle direttive. Per assicurare il buon funzionamento del mercato interno, sembrerebbe auspicabile un sistema europeo che sviluppi e integri i sistemi nazionali. La Commissione e gli Stati membri dovrebbero condurre uno studio di fattibilità sullo sviluppo di un siffatto sistema *TRUST (Transparent Reliable Unhindered Secure Tendering)* basato sulle prescrizioni funzionali».

Altra strada che viene percorsa al livello comunitario è l'individuazione e la realizzazione di soluzioni innovative.

Il Piano di Azione, infatti, precisa che «Il passaggio a sistemi di appalto pubblico *on line* richiede cambiamenti giuridici, istituzionali e organizzativi a vari livelli».

Il nostro ordinamento, con l'emanazione del Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture e con il regolamento emanando, muove ulteriori passi avanti verso il raggiungimento degli obiettivi e delle azioni strategiche delineati in sede comunitaria in materia di appalti pubblici elettronici, in un contesto normativo favorevole nel settore tecnologico, positivamente ed efficacemente tracciato nel corso degli ultimi anni, in cui si è potuto registrare una rinnovata attenzione ai

possibili ed innegabili benefici che il progresso tecnologico è in grado di arrecare ⁹⁵.

⁹⁵ A tacer d'altro, si pensi alle norme sulla firma digitale (e poi, più in generale, sulle firme elettroniche) e sul documento elettronico, successivamente confluite nel DPR 445/2000 e, da ultimo, nel d.lgs. 82/2005 (Codice dell'amministrazione digitale) e ss.mm.ii.; si pensi alla disciplina sul commercio elettronico di cui al d.lgs. 70/2003; si pensi, altresì, alle disposizioni della c.d. legge Stanca (legge n. 4/2004) ed al suo regolamento di attuazione, in tema di «accessibilità».

BIBLIOGRAFIA

- ALPA G., *L'attività negoziale della pubblica amministrazione nella nuova disciplina del procedimento amministrativo*, in STANZIONE P.-SATURNO A. (a cura di), *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova, 2006, pp. 75 e ss.;
- BANDINI ZANIGNI S., *Appalti pubblici di forniture e servizi secondo la Direttiva n. 2004/18/CE*, Torino, 2006;
- BRAVO F., *L'unicità di regolamento nel collegamento negoziale: la «sovrapposizione» contrattuale*, in *Contratti*, 2004, n. 2, pp. 118 e ss.;
- CNIPA, *Linee guida sulla qualità dei beni e dei servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti della Pubblica Amministrazione. Presentazione ed utilizzo delle Linee Guida*, Manuale n. 1, vers. 1.2 del 15 dicembre 2005;
- CNIPA, *Linee guida sulla qualità dei beni e dei servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti della Pubblica Amministrazione. Strategie di acquisizione delle forniture ICT*, Manuale Applicativo n. 2, versione 1.0 del 25 gennaio 2005;
- CNIPA, *Linee guida sulla qualità dei beni e dei servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti della Pubblica Amministrazione. Appalto Pubblico di Forniture ICT*, Manuale Applicativo n. 3, versione 2.0 dell'11 ottobre 2006;
- CNIPA, *Linee guida sulla qualità dei beni e dei servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti della Pubblica Amministrazione. Dizionario delle Forniture ICT*, Manuale Operativo n. 4, versione 1.2 del 15 dicembre 2005;
- CNIPA, *Linee guida sulla qualità dei beni e dei servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti della Pubblica Amministrazione. Governo dei contratti ICT*, Manuale Applicativo n. 7;
- CONSERVA D., *L'appalto*, in LIPARI N. (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo, IV. Singoli contratti. La responsabilità civile. Le forme di tutela*, Padova, 2006, pp. 333 e ss.;

- DE NICTOLIS R., *Il nuovo codice degli appalti pubblici. Le principali novità recate dal Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163*, Roma, 2006;
- FIorentino L.-Lacava C. (a cura di), *Le nuove direttive europee sugli appalti pubblici*, Milano, 2004;
- GAROFOLI G.-SANDULLI M.A., *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria 62/2005*, Milano, 2005;
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1996;
- GRECO M.-MASSARI A., *Il nuovo codice dei contratti pubblici. Commento al D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, così come modificato dal D.L. 12 maggio 2006, n. 173, convertito in Legge 12 luglio 2006, n. 228*, Rimini, 2006;
- GRECO M.-MASSARI A., *Le nuove direttive comunitarie sugli appalti pubblici*, Rimini, 2006;
- LIPARI N. (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, Padova, 2006, VI tomi;
- ROSSELLO C., *I contratti dell'informatica nella nuova disciplina del software*, Milano, 1997;
- ROSSELLO C., *Tecniche redazionali, garanzie e distribuzione del rischio nei «contratti dell'informatica»*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1986, pp. 733 e ss.
- RUBINO D.-IUDICA G., *Appalto*, Bologna-Roma, 1992;
- SAMMARCO P., *I nuovi contratti dell'informatica. Sistemi e prassi*, Padova, 2006;
- SANINO M., *L'attività contrattuale della P.A.*, in P. FALCONE-A. POZZI (a cura di), *Il diritto amministrativo nella giurisprudenza*, Torino, 1998, vol. I, p. 271;
- SCOGNAMIGLIO R., *CONTRATTI IN GENERALE*, BOLOGNA-ROMA, 1970;
- SPINELLI D.-PETULLÀ F.-PORTALURI M.A., *Guida alle nuove direttive appalti*, Milano, 2004;
- STANZIONE P.-SATURNO A. (a cura di), *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova, 2006;
- TOSI E., *Natura e qualificazione dei contratti di fornitura di sistemi informatici*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1995, pp. 395 e ss.

www.fabiobravo.it

www.informationssociety.it