

GLI ACQUISTI INFRA 40.000 EURO E LE PIATTAFORME ELETTRONICHE DI NEGOZIAZIONE

Marco Terrei¹

Abstract: *In the following article we talk about the concept of direct assignment. In the first section we describe the norms concerning the European Community followed by the National regulations of the Codice degli Appalti d.LGS 50/2016. More specifically we analyze circumstances in which the purchases made by the public administration are below 40.000 euros and if said administration is obligated to utilize electronic platforms of negotiation.*

Sommario: **1.** Introduzione. - **2.** L'uso della Posta Elettronica Certificata nelle procedure d'appalto. - **3.** I termini nelle procedure d'appalto. - **4.** Le informazioni e le comunicazioni nella Direttiva 24/2014/UE. - **5.** Le informazioni e le comunicazioni nel Codice dei Contratti D.lgs 50/2016. - **6.** Il Codice dei Contratti e il suo rapporto con il Codice dell'Amministrazione Digitale. - **7.** La segretezza degli invii nelle procedure di appalto. - **8.** Strumenti telematici di negoziazione. - **9.** La segretezza degli invii e il MePA. - **10.** Il comunicato dell'ANAC del 30 ottobre 2018. - **11.** Conclusioni.

¹ Dottore magistrale in Scienze Politiche Internazionali e delle Amministrazioni, Master in Diritto Amministrativo, consulente nella materia degli appalti, cultore nella materia del diritto amministrativo;

1. - Introduzione

In questo lavoro si cercherà di comprendere se i RUP o i dirigenti della Pubblica Amministrazione, in caso di “affidamenti diretti” infra 40.000, ora e fino al 31 dicembre 2019² 150.000 euro, possono procedere, per acquisti di lavori, servizi o forniture, al di fuori delle Piattaforme Elettroniche di Negoziazione di cui, all’art. 38 del Codice dei Contratti.

La normativa degli appalti in continua evoluzione e l’introduzione dell’obbligo dell’uso delle piattaforme elettroniche di negoziazione pone dei dubbi di tipo procedurale per gli operatori delle Pubbliche Amministrazioni nelle procedure definite “di modico importo” ove storicamente i RUP e i dirigenti hanno operato con un ristretto numero di operatori economici sulla base di rapporti fiduciari consolidatesi nel tempo e senza porre in essere particolari metodiche di comunicazioni.

Ciò premesso si procederà, partendo dalle norme dell’Unione, ad una ricognizione normativa al fine di identificare i confini entro i quali i soggetti della PA possono operare le loro scelte nel pieno rispetto della loro autonomia contabile e della discrezionalità tecnico/amministrativa ad essi riconosciuta.

Infine verranno analizzate le ultime norme che hanno modificato l’ambito della deroga nell’uso dei mezzi elettronici di negoziazione e le possibili interpretazioni delle stesse e la loro portata.

2. - L’uso della Posta Elettronica Certificata nelle procedure d’appalto

Prima di affrontare il tema oggetto di questa riflessione è necessario fare una puntualizzazione in merito all’uso della Posta Elettronica Certificata nella gestione degli appalti a seguito dell’entrata in vigore delle nuove norme in materia. Sin dall’inizio della “rivoluzione” posta in essere dal nuovo Codice a molti è sembrato possibile derogare all’uso dei «*mezzi elettronici di informazione e comunicazione*»³ in virtù del fatto che l’uso della PEC garantisce la tracciabilità, oltre alla conservazione, degli invii e delle ricezioni delle mail. Si tenga anche conto del fatto che grazie ad alcune norme di settore, di cui si dirà oltre, la PEC ha assunto un valore legale come mezzo di notifica.

² La legge 30 dicembre 2018, n.145 “Bilancio di previsione dello Stato per l’anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021” al comma 912 dispone che «*Nelle more di una complessiva revisione del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, fino al 31 dicembre 2019, le stazioni appaltanti, in deroga all’articolo 36, comma 2, del medesimo codice, possono procedere all’affidamento di lavori di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro mediante affidamento diretto previa consultazione, ove esistenti, di tre operatori economici e mediante le procedure di cui al comma 2, lettera b), del medesimo articolo 36 per i lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 350.000 euro*»

³ Formula introdotta nella Direttiva 24/2014/UE e recepita poi nel Codice dei Contratti D.lgs 50/2016.

Dalla lettura delle diverse norme che regolano le procedure di appalti, qualunque sia il loro importo, emerge che in tale processo non sarà sufficiente inviare/ricevere il materiale via PEC perché, stabilisce l'art.52 del Codice dei Contratti, che *«In tutte le comunicazioni, gli scambi e l'archiviazione di informazioni, le stazioni appaltanti garantiscono che l'integrità dei dati e la riservatezza delle offerte e delle domande di partecipazione siano mantenute. Esse esaminano il contenuto delle offerte e delle domande di partecipazione soltanto dopo la scadenza del termine stabilito per la loro presentazione»*.

Non potendosi garantire in nessun modo l'integrità dei dati e la riservatezza delle offerte e delle domande di partecipazione appare evidente che a partire dal 18 ottobre 2018 scorso tutte le Amministrazioni devono fare ricorso alle piattaforme elettroniche di negoziazione al fine di garantire tali requisiti.

In merito alla PEC non appare superfluo ricordare che il RUP⁴ o il dirigente non può utilizzare la PEC fornitagli dall'ente per contattare un operatore economico ai fini di un qualunque affidamento perché violerebbe, oltre ad alcuni principi di cui si dirà più avanti, l'insieme delle norme inserite nel D.Lgs. 7 marzo 2005 n. 82 (Codice dell'Amministrazione Digitale - CAD)⁵ perché farebbe venir meno la ragion d'essere del Decreto ed il raggiungimento degli obiettivi⁶ in esso contenuti⁷.

Secondo quanto riportato negli articoli su citati e in applicazione a quanto stabilito dal DPCM 3 dicembre 2013 "Regole tecniche per il protocollo informatico ai sensi degli articoli 40.bis, 41, 47, 57.bis e 71, del Codice dell'amministrazione digitale di cui al decreto legislativo n.82 del 2005" che ha posto in essere il processo di informatizzazione delle PA e

⁴Il Codice degli Appalti all'art. 31 stabilisce che *«Per ogni singola procedura per l'affidamento di un appalto o di una concessione le stazioni appaltanti individuano, nell'atto di adozione o di aggiornamento dei programmi di cui all'articolo 21, comma 1, ovvero nell'atto di avvio relativo ad ogni singolo intervento per le esigenze non incluse in programmazione, un responsabile unico del procedimento (RUP) per le fasi della programmazione, della progettazione, dell'affidamento, dell'esecuzione»* ed in virtù della disposizione contenuta nel medesimo comma la quale dispone che *«Fatto salvo quanto previsto al comma 10, il RUP è nominato con atto formale del soggetto responsabile dell'unità organizzativa, che deve essere di livello apicale, tra i dipendenti di ruolo addetti all'unità medesima, dotati del necessario livello di inquadramento giuridico in relazione alla struttura della pubblica amministrazione e di competenze professionali adeguate in relazione ai compiti per cui è nominato»* egli procede agli acquisti di cui necessita per il funzionamento della sua struttura o per l'espletamento della sua funzione.

⁵ Nella Gazzetta Ufficiale, Serie Generale n.9 del 12.01.2019 è stato pubblicato il Decreto Legislativo 13 dicembre 2017, n.217 "Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 26 agosto 2016, n. 179, concernente modifiche ed integrazioni al Codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, ai sensi dell'articolo 1 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche." Il quale a poco più di 10 anni dalla sua entrata in vigore ha "aggiornato" il testo di legge completandone la struttura ed aggiornando gli obiettivi.

⁶ Al comma 2 del CAD vengono indicati, sinteticamente, gli obiettivi che il codice intende perseguire infatti prevede che *«Lo Stato, le Regioni e le autonomie locali assicurano la disponibilità, la gestione, l'accesso, la trasmissione, la conservazione e la fruibilità dell'informazione in modalità digitale e si organizzano ed agiscono a tale fine utilizzando con le modalità più appropriate e nel modo più adeguato al soddisfacimento degli interessi degli utenti le tecnologie dell'informazione e della comunicazione»*.

⁷ Si rimanda alla lettura degli articoli 3.bis, commi 1 e 4, art. 40.bis co.1, art. 45 commi 1 e 2, e art. 48 commi 1, 2 e 3 del CAD.

avviato la sua smaterializzazione il RUP o il Dirigente deve, per le sue comunicazioni con i soggetti da contattare per l'esecuzione di lavori, servizi o forniture servirsi del Servizio di Protocollo Centralizzato⁸ della propria Amministrazione ai fini della tracciabilità delle comunicazioni altrimenti si correrebbe il rischio di porre in essere una "trattativa privata" violando i Principi⁹ costituzionali posti alla base dell'agire della Pubblica Amministrazione - del buon andamento, della legalità e dell'imparzialità - oltre a quelli della pubblicità degli atti¹⁰ e della concorrenza¹¹.

Ovviamente anche le comunicazioni che dovessero avere come destinatario il RUP o il Dirigente dovranno obbligatoriamente passare dal Protocollo dell'ente.

È appena il caso di ricordare che tale innovazione introdotta a partire dal 2015 ha stabilito che le Pubbliche Amministrazioni sono chiamate ad una vera e propria rivoluzione digitale¹² che li ha obbligati a rivedere i propri processi¹³.

⁸ Come previsto dall'art. 40.bis del CAD il quale prevede che «*Formano comunque oggetto di registrazione di protocollo ai sensi dell'articolo 53 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, le comunicazioni che provengono da o sono inviate a domicili digitali eletti ai sensi di quanto previsto all'articolo 3-bis, nonché le istanze e le dichiarazioni di cui all'articolo 65 in conformità alle regole tecniche di cui all'articolo 71*».

⁹ In termini di Principi valga per tutti il richiamo al paragrafo 3 rubricato "Principi comuni" delle Linee Guida n. 4 dell'ANAC in cui viene ricordato che «*L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture secondo le procedure semplificate di cui all'articolo 36 del Codice dei contratti pubblici, ivi compreso l'affidamento diretto, avvengono nel rispetto dei principi enunciati dagli articoli 30, comma 1, (economicità, efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, rotazione), 34 (criteri di sostenibilità energetica e ambientale) e 42 (prevenzione e risoluzione dei conflitti di interesse) del Codice dei contratti pubblici. Le stazioni appaltanti possono applicare altresì le disposizioni di cui all'articolo 50 del Codice dei contratti pubblici sulle clausole sociali, tenendo conto anche delle indicazioni che saranno fornite dall'ANAC in uno specifico atto regolatorio*» che vengono dettagliatamente spiegati al comma successivo.

¹⁰ Nella materia dei contratti la trasparenza è tra i principi cardine dell'agere amministrativo, un "faro" da tenere sempre acceso sulle procedure, un portentoso "lubrificante" che può consentire alla macchina amministrativa un perfetto incedere. Nell'ambito di questo specifico settore essa realizza, attraverso norme e adempimenti all'uopo previsti, la conoscibilità e la comprensibilità delle procedure finalizzate a realizzare imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa e a far comprendere le scelte rivolte alla cura dell'interesse generale. L'obiettivo di questo lavoro è l'analisi del regime della trasparenza e della pubblicità in materia di contratti pubblici alla luce sia del "decreto trasparenza"³, d. lgs. 33/2013, che della nuova disciplina recata dal codice dei contratti pubblici, d. lgs. 50/2016, per come modificato dal d. lgs. 56/2017. A. CORRADO, *La Trasparenza negli Appalti pubblici, tra obblighi di pubblicazione e pubblicità legale*, Federalismi, del 03 gennaio 2018.

¹¹ Il settore degli appalti pubblici gioca un ruolo centrale per la stabilizzazione dell'economia del paese. Le procedure concorsuali di spesa, volti a limitare i fenomeni corruttivi, sono essenziali per garantire una trasparente, imparziale ed economica gestione del pubblico denaro, a beneficio della collettività e della qualità e dell'efficienza delle pubbliche amministrazioni. Le procedure ad evidenza pubblica rappresentano lo strumento principale per assicurare il corretto svolgimento del libero gioco della concorrenza tra gli operatori del mercato che offrono lavori, servizi e forniture alla P.A. A. NAPOLITANO, *Appalti Pubblici e Concorrenza*, in *Salvis Juribus* rivista on line.

¹² In merito ai processi di digitalizzazione che interessa tutta l'area Euro il nostro paese non ha raggiunto quegli standard necessari alla messa a sistema delle infrastrutture alla base di un reale processo di digitalizzazione del Paese infatti sono stati da poco comunicati i risultati del Desi, l'indicatore della Commissione Europea che misura, annualmente, il livello di attuazione dell'Agenda Digitale che rileva i progressi compiuti in termini di digitalizzazione. L'Italia si posiziona, come l'anno scorso, al 25° posto fra i 28 Stati membri dell'UE. Per maggiori informazioni si visiti il sito della Comunità Europea che riporta i dati dello studio <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/desi>;

¹³ A tal proposito si veda il Piano Triennale per l'informatica nella Pubblica Amministrazione consultabile sul sito dell'AGID;

Tra gli adempimenti di natura digitale a cui sono state obbligate vi è la digitalizzazione del Registro di Protocollo informatico.

Infatti già dall'ottobre del 2015 vige l'obbligo per le Amministrazioni di inviare in conservazione giornalmente il registro di protocollo, secondo quanto previsto dall'articolo 7, comma 5 delle Regole del DPCM citato.

Tale registro, che fa parte del sistema di gestione informatica dei documenti contiene la registrazione di protocollo di ogni documento ricevuto o spedito dalla P.A. Per tale registro è dunque obbligatoria la forma del documento informatico e la conseguente conservazione digitale.

Il relativo documento informatico dovrà possedere le caratteristiche di staticità, immutabilità, integrità, che vengono garantite dal trasferimento dello stesso all'interno del sistema di conservazione.

L'art. 7, c. 5, del DPCM 3.12.2013 "Regole tecniche sul protocollo informatico", in tema di misure di sicurezza dei sistemi di protocollo informatico, richiede che il registro giornaliero di protocollo sia trasmesso al Sistema di Conservazione, entro la giornata lavorativa successiva a quella della sua produzione, garantendone l'immutabilità del contenuto.

Ciò detto appare evidente che questa modalità di processo della posta in arrivo/uscita, pur garantendo la sua tracciabilità, non è in grado di garantire quella integrità alla quale fa riferimento l'articolo 52 nella parte in cui dispone che «*le stazioni appaltanti garantiscono che l'integrità dei dati e la riservatezza delle offerte e delle domande di partecipazione siano mantenute*»

3. - I termini nelle procedure d'appalto

Nelle gare d'appalto, qualunque sia il valore, la procedura e la modalità di aggiudicazione i due momenti chiave del processo di individuazione del soggetto aggiudicatario della commessa, oltre agli elementi essenziali della stessa¹⁴, sono le date¹⁵: quella, entro la quale il soggetto o i soggetti coinvolti nella procedura devono inoltrare la richiesta di

¹⁴ L'art. 32 del Codice al comma 2 indica, per le procedure "semplificate" di cui all'art. 36, comma 2, lett. a) che «*nella procedura di cui all'articolo 36, comma 2, lettera a), la stazione appaltante può procedere ad affidamento diretto tramite determina a contrarre, o atto equivalente, che contenga, in modo semplificato, l'oggetto dell'affidamento, l'importo, il fornitore, le ragioni della scelta del fornitore, il possesso da parte sua dei requisiti di carattere generale, nonché il possesso dei requisiti tecnico-professionali, ove richiesti*»

¹⁵ L'Allegato XIV al Codice elenca tutti gli elementi "necessari" che i documenti di gara devono contenere e tra questi vi è la data indicata come il «*Termine ultimo per la ricezione delle offerte (procedure aperte) o delle domande di partecipazione (procedure ristrette e procedura competitiva con negoziazione, sistemi dinamici di acquisizione, dialogo competitivo, partenariati per l'innovazione)*» ma anche la seconda «*ora e luogo di apertura delle offerte*» che riguarda invece la "lettura" delle offerte;

partecipazione o la loro offerta e la data stabilita dalla Stazione Appaltante, alla quale tali documenti divengono “pubblici” attraverso la loro lettura.

4. - Le informazioni e le comunicazioni nella Direttiva 24/2014/UE

Al fine di avere una visione complessiva dell’argomento pare utile prendere le mosse dalla normativa europea la quale al Considerando n. 52 della Direttiva 24/2014/UE, descrive quali vantaggi si possono trarre dall’introduzione dei mezzi di comunicazione elettronici, infatti sostiene che *«I mezzi elettronici di informazione e comunicazione possono semplificare notevolmente la pubblicazione degli appalti e accrescere l’efficacia e la trasparenza delle procedure di appalto. Dovrebbero diventare la norma per la comunicazione e lo scambio di informazioni nel corso delle procedure di appalto in quanto aumentano enormemente le possibilità degli operatori economici di partecipare a procedure d’appalto nell’ambito del mercato interno. A tal fine, è opportuno introdurre l’obbligo di trasmissione di bandi e avvisi per via elettronica e l’obbligo di rendere disponibili in forma elettronica i documenti di gara»*.

Evidentemente il documento traccia un ideale percorso il quale tuttavia, al fine di raggiungere quegli obiettivi, auspica, dopo un periodo di trenta mesi, l’introduzione, *«dell’obbligo della comunicazione integralmente elettronica, ossia la comunicazione tramite strumenti elettronici, in tutte le fasi della procedura, compresa la trasmissione di richieste di partecipazione e, in particolare, la presentazione (trasmissione per via elettronica) delle offerte»*¹⁶

Tale approccio viene confermato nel dispositivo e infatti al comma 1 dell’articolo 22, rubricato “Regole applicabili alle comunicazioni” viene confermata la regola di fondo stabilendo che *«Gli Stati membri provvedono affinché tutte le comunicazioni e gli scambi di informazioni di cui alla presente direttiva, in particolare la trasmissione in via elettronica, siano eseguiti utilizzando mezzi di comunicazione elettronici in conformità con quanto disposto dal presente articolo»*.

Ciò premesso, il legislatore comunitario indica dettagliatamente quali possono essere le specifiche situazioni nelle quali la Stazione Appaltante può derogare alla regola generale ed infatti prevede che i casi “particolari”¹⁷.

¹⁶ la struttura proposta dall’EU suggerisce il mezzo per raggiungere gli obiettivi “I mezzi elettronici di informazione e comunicazione” ma ci indica anche in quali fasi della procedura *«in tutte le fasi della procedura, compresa la trasmissione di richieste di partecipazione e, in particolare, la presentazione (trasmissione per via elettronica) delle offerte»* tali nuove procedure dovrebbero diventare una consuetudine, prima, e un obbligo, poi:

¹⁷ le situazioni particolari sono: a) a causa della natura specialistica dell’appalto, l’uso di mezzi di comunicazione elettronici richiederebbe specifici strumenti, dispositivi o formati di file che non sono in genere disponibili o non sono in genere gestiti dai programmi comunemente disponibili; b) i programmi in grado di gestire i formati di file adatti a descrivere le offerte utilizzano formati di file che non possono essere gestiti mediante altri programmi aperti o generalmente disponibili ovvero sono protetti da licenza di proprietà esclusiva e non possono essere messi a disposizione per essere scaricati o per farne un uso remoto da parte dell’amministrazione aggiudicatrice; c) l’utilizzo di mezzi di comunicazione elettronici richiederebbe attrezzature specializzate per ufficio non comunemente disponibili

Come se non fosse già abbastanza chiaro, al comma 3 del medesimo articolo, viene ampliato quanto precedentemente introdotto in merito a tutte le “fasi della procedura” già indicato nei considerando specificando che *«In tutte le comunicazioni, gli scambi e l’archiviazione di informazioni, le amministrazioni aggiudicatrici garantiscono che l’integrità dei dati e la riservatezza delle offerte e delle domande di partecipazione siano mantenute. Esse esaminano il contenuto delle offerte e delle domande di partecipazione soltanto dopo la scadenza del termine stabilito per la loro presentazione»*.

5. - Le informazioni e le comunicazioni nel Codice dei Contratti D.lgs 50/2016

Il Decreto Legislativo 50/2016 ha recepito le tre nuove Direttive sugli appalti (23/2014/EU, 24/2014/EU e la 25/2014/EU) nel quale vengono stabilite, tra le altre, le regole delle comunicazioni.

L’articolo 40, comma 1 rubricato “Obbligo di uso dei mezzi di comunicazione elettronici nello svolgimento di procedure di aggiudicazione” stabilisce, ma solamente in riferimento alle Centrali di Committenza, che *«Le comunicazioni e gli scambi di informazioni nell’ambito delle procedure di cui al presente codice svolte da centrali di committenza sono eseguiti utilizzando mezzi di comunicazione elettronici [...]»* mentre al successivo comma 2 viene esteso l’obbligo precisando che *«A decorrere dal 18 ottobre 2018, le comunicazioni e gli scambi di informazioni [...] svolte dalle stazioni appaltanti sono eseguiti utilizzando mezzi di comunicazione elettronici»*.

Procedendo nell’analisi degli articoli afferenti le comunicazioni giungiamo all’art. 52 il quale precisa che *«Nei settori ordinari e nei settori speciali, tutte le comunicazioni e gli scambi di informazioni di cui al presente codice sono eseguiti utilizzando mezzi di comunicazione elettronici [...]»*.

La lettura degli articoli sin qui riportati non sembra lasciare spazi ad interpretazioni che permettano delle deroghe sia pure parziali all’uso “mezzi di comunicazione elettronici”. Le uniche previste sono quelle che vengono dettagliatamente indicate nel medesimo comma ove si prevede che *«le stazioni appaltanti non sono obbligate a richiedere mezzi di comunicazione elettronici nella procedura di presentazione dell’offerta esclusivamente nelle [...] ipotesi previste¹⁸»*.

L’unica ulteriore deroga è prevista al comma 10 per le concessioni ma solo in particolari condizioni.

alle amministrazioni aggiudicatrici; d) i documenti di gara richiedono la presentazione di un modello fisico o in scala ridotta che non può essere trasmesso per mezzo di strumenti elettronici.

¹⁸ Per una precisa disamina delle deroghe all’uso dei mezzi di comunicazione elettronici si rimanda alla lettura del comma 1, lettera dalla a) alla e).

Il comma 5 del medesimo articolo 52 conferma la natura della richiesta dei mezzi elettronici di comunicazione chiarendo che *«In tutte le comunicazioni, gli scambi e l'archiviazione di informazioni, le stazioni appaltanti garantiscono che l'integrità dei dati e la riservatezza delle offerte e delle domande di partecipazione siano mantenute»* riportando fedelmente quanto indicato nella Direttiva.

Dunque la ragione del ricorso ai *“mezzi elettronici di comunicazione”* è indicata con chiarezza ed è quella di garantire [che cosa?] *integrità e riservatezza delle offerte e delle domande di partecipazione* [in quale processo?] *nelle comunicazioni e gli scambi di informazioni nell'ambito delle procedure di cui al presente codice svolte* [da chi?] *dalle stazioni appaltanti sono eseguiti utilizzando mezzi di comunicazione elettronici* [in quale fase della gara?] *in tutte le fasi della procedura, compresa la trasmissione di richieste di partecipazione e, in particolare, la presentazione delle offerte.*

Tale approccio interpretativo è fatto proprio anche dall'ANAC¹⁹ il quale, al paragrafo 2. *“Quadro Normativo di Riferimento”* del documento del 19 dicembre 2018 chiarisce che *«La sistemazione delle norme all'interno del Codice, e in particolare dell'art. 52 che figura nella Sezione I, disposizioni comuni, prefigura la volontà del legislatore di prevedere un obbligo generalizzato di utilizzo delle comunicazioni elettroniche, anche riguardo al valore (sopra o sotto soglia) delle procedure. Lo stesso art. 52, nel recepire la corrispondente disposizione comunitaria dell'art. 22, ha precisato che gli obblighi in esame si applicano a tutti i settori, ordinari e speciali (co. 1), e alle concessioni, seppur a determinate condizioni (co. 10, 11 e 12)»*

6. - Il Codice dei Contratti e il suo rapporto con il Codice dell'Amministrazione Digitale

Prima di procedere oltre è necessario effettuare un *“passaggio”* all'interno del CAD il quale ha avuto il pregio di guidare la PA nell'era del digitale.

Entrato in vigore il 1° gennaio 2006, il CAD traccia il quadro legislativo entro cui deve attuarsi la digitalizzazione dell'azione amministrativa e sancisce veri e propri diritti dei cittadini e delle imprese in materia di uso delle tecnologie nei rapporti con le Amministrazioni; il CAD contiene anche l'obbligo per l'Amministrazione di snellire le procedure e di rendere tutti i servizi e le comunicazioni interne ed esterne per via telematica.

Come indicato dal FormezPA, in uno dei suoi documenti di studio, in cui sostiene che le riforme hanno messo l'accento sulla capacità delle nuove tecnologie di porsi quale strumento privilegiato di dialogo con i cittadini, con conseguente impatto sui processi di

¹⁹ Autorità Nazionale Anticorruzione, Atto di Segnalazione n. 7 del 19/12/2018.

comunicazione e di interazione tra PA e privati, nonché sull'organizzazione e sugli strumenti della PA digitale. Il CAD, pur individuando nella PA il destinatario privilegiato, contiene importanti norme che si rivolgono alla generalità dei soggetti (inclusi cittadini, professionisti e imprese) soprattutto per quanto riguarda l'utilizzo di alcuni strumenti come la PEC, i documenti informatici e le firme elettroniche, idonei a semplificarne i rapporti tra Pubbliche amministrazioni, cittadini e imprese.

Ciò che più colpisce, anche in relazione all'oggetto della presente analisi, è l'introduzione di un nuovo tipo di rapporto della PA con cittadini e imprese.

Le disposizioni contenute nel Codice dell'Amministrazione Digitale hanno l'obiettivo di consentire a cittadini e imprese qualunque interazione con gli uffici pubblici in modalità telematica (specialmente via PEC). Quest'ultima, da mezzo alternativo a quello cartaceo, diviene mezzo principale ed esclusivo per le comunicazioni.

Scompare, dunque, l'uso delle comunicazioni cartacee che dovranno essere utilizzate in maniera del tutto residuale e solo laddove sia assolutamente indispensabile.

È nell'articolo 5.bis che si rinviene anche all'interno del CAD il riferimento alle procedure di gara ove è previsto che *«La presentazione di istanze, dichiarazioni, dati e lo scambio di informazioni e documenti, anche a fini statistici, tra le imprese e le amministrazioni pubbliche avviene esclusivamente utilizzando le tecnologie dell'informazione e della comunicazione. Con le medesime modalità le amministrazioni pubbliche adottano e comunicano atti e provvedimenti amministrativi nei confronti delle imprese».*

7. - La segretezza degli invii nelle procedure di appalto

Il quadro sin qui descritto ci porta verso il focus dell'analisi e cioè stabilire se per le gara/procedure di "affidamento diretto" al sotto dei 40.000 euro, ora innalzato fino al 31 dicembre 2019 a 150.000 euro, sia possibile derogare all'uso della piattaforma elettronica di negoziazione o meno permettendo, ad esempio al singolo RUP o dirigente, di procedere ad una trattativa con uno o più operatori senza avere l'obbligo di utilizzare la piattaforma. Al fine di dirimere la questione è necessario dare una risposta alla domanda che sin qui è rimasta sullo sfondo dell'intero percorso ricostruttivo: derogare all'uso delle piattaforme elettroniche di negoziazione garantisce la segretezza del contenuto delle PEC fino alla data di apertura dei plichi stabilita dalla Stazione Appaltante o dal RUP?

Evidentemente no.

L'uso della Posta Elettronica Certificata in luogo della posta ordinaria – anche se Raccomandata con avviso di ricevimento - per l'invio delle offerte e/o delle istanze di partecipazione non è in grado di garantire alcunché oltre alla certificazione

dell'identificazione del soggetto mittente²⁰ e quello che ha ricevuto tale comunicazione oltre, ovviamente, ai dati relativi l'ora esatta in cui i rispettivi provider hanno emesso/ricevuto la comunicazione.

Ciò premesso chiunque, lungo il processo di comunicazione, può aprire la mail e leggerne il contenuto senza che questo fatto possa essere conosciuto da qualcuno quindi violando palesemente il principio introdotto dalla Direttiva e dal Codice.

8. - Strumenti telematici di negoziazione

A questo punto dell'analisi si inserisce la norma dell'art. 37 del Codice dei Contratti la quale al comma 2 recita *«Salvo quanto previsto al comma 1, per gli acquisti di forniture e servizi di importo superiore a 40.000 euro e inferiore alla soglia di cui all'articolo 35, nonché per gli acquisti di lavori di manutenzione ordinaria d'importo superiore a 150.000 euro e inferiore a 1 milione di euro, le stazioni appaltanti in possesso della necessaria qualificazione di cui all'articolo 38 nonché gli altri soggetti e organismi di cui all'articolo 38, comma 1 procedono mediante utilizzo autonomo degli strumenti telematici di negoziazione messi a disposizione dalle centrali di committenza qualificate secondo la normativa vigente».*

La previsione di questo strumento è da ricondurre all'art. 3 lett. dddd) del Codice il quale offre una definizione degli "strumenti di negoziazione" definendoli come, *«strumenti di acquisizione che richiedono apertura del confronto competitivo. Rientrano tra gli strumenti di negoziazione:*

1) [...], 2) [...]

3) *il mercato elettronico realizzato da centrali di committenza nel caso di acquisti effettuati attraverso confronto concorrenziale;*

4) *i sistemi realizzati da centrali di committenza che comunque consentono lo svolgimento delle procedure ai sensi del presente codice»*

Anche alla successiva lett. eeee) viene citato lo strumento elettronico di cui si dibatte infatti volendo offrire una definizione di "strumenti telematici di acquisto" e degli "strumenti telematici di negoziazione" sostiene che questi vengono definiti come *«strumenti di acquisto e di negoziazione gestiti mediante un sistema telematico»*

È questo l'ultimo tassello della nostra ricostruzione; il "sistema telematico" di gestione delle gare d'appalto imposto alla Pubblica Amministrazione dal legislatore italiano²¹.

²⁰ Al solo fine di una corretta informazione si ricorda che gli operatori della PA, nel contattare gli operatori economici, devono utilizzare solo le PEC inserite e comunicate alla Camera di Commercio dal titolare dell'impresa ove la stessa ha sede. Solo questa procedura permette di evitare delle frodi a mezzo di PEC fraudolente. Per un approfondimento si veda *"Truffa via Pec, così hanno svuotato i conti correnti"* pubblicato su Agenda Digitale all'indirizzo: <https://www.agendadigitale.eu/sicurezza/truffa-via-pec-cosi-hanno-svuotato-i-conti-correnti/>

Tali strumenti, come si evince dalla lettura dei vari commi, non sono stati pensati per essere utilizzati nelle procedure di “affidamento diretto” perché utilizzabili al caso in cui si “richiedono apertura del confronto competitivo” tuttavia ben si adattano alla fattispecie “affidamento diretto” per il fatto che la terzietà del soggetto fornitore del software e la struttura della piattaforma è in grado di garantire la segretezza e l’integrità del contenuto della domanda di presentare un offerta, della presentazione di una richiesta di partecipazione, di una presentazione di preventivo o dell’offerta economica grazie all’inviolabilità di tutte le comunicazioni, qualunque sia il contenuto delle stesse.

9. - La segretezza degli invii e il MePA

La piattaforma MePA di CONSIP SPA e Ministero dell’Economia e delle Finanze messa a disposizione della Pubblica Amministrazione e degli Operatori Economici già da diversi anni assolve perfettamente alla funzione di assicurare “integrità e riservatezza delle offerte e delle domande di partecipazione nelle comunicazioni e gli scambi di informazioni nell’ambito delle procedure di cui al presente codice svolte dalle stazioni appaltanti sono eseguiti utilizzando mezzi di comunicazione elettronici in tutte le fasi della procedura, compresa la trasmissione di richieste di partecipazione e, in particolare, la presentazione delle offerte”

Fino al 31 dicembre 2018 l’obbligo di ricorso al MePA per tutti gli articoli ivi presenti al di sopra dei 1.000 euro ha rappresentato una certezza e non v’è ragione per mettere in discussione tale dato – a parte il fatto che tale limite è stato innalzato a 5.000 euro – inoltre non v’è ragione di pensare che al di fuori di questo strumento, cioè le piattaforme elettroniche di negoziazione di cui le singole amministrazioni si sono dotate, la regola dovrebbe essere diversa.

In merito all’innalzamento del limite di ricorso al MePA, per chiudere con l’analisi di questo strumento, appare utile chiarire che nell’analisi della questione qui affrontata quest’ultimo, ha una portata limitata rispetto al limite dettato dal comma 450 della Legge 27 dicembre 2006, n.296 la quale prevede che «*Le amministrazioni statali centrali e periferiche, ad esclusione degli istituti e delle scuole di ogni ordine e grado, delle istituzioni educative e delle istituzioni universitarie, nonché gli enti nazionali di previdenza e assistenza sociale pubblici e le agenzie fiscali di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300, per gli acquisti di beni e servizi di importo pari o superiore a 5.000 euro e al di sotto della soglia di rilievo comunitario, sono tenute a fare ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione [...]Fermi restando gli obblighi e*

²¹ Per chi volesse fare un approfondimento sull’argomento si consiglia M. TERREI, *Piattaforme Elettroniche di Negoziazione per una Pubblica Amministrazione 2.0*, in Rivista Giuridica Telematica, www.AmbienteDiritto.it

le facoltà previsti al comma 449 del presente articolo, le altre amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nonché le autorità indipendenti, per gli acquisti di beni e servizi di importo pari o superiore a 5.000 euro e di importo inferiore alla soglia di rilievo comunitario sono tenute a fare ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione ovvero ad altri mercati elettronici[...]».

L'attuale norma, che ha innalzato il precedente limite da 1.000 euro a 5.000 euro, stabilisce che per gli acquisti al di sotto dei 5.000 euro la Stazione Appaltante o il RUP possono procedere autonomamente anche senza fare ricorso al MePA. Viene data loro, cioè, la facoltà di derogare all'obbligo che invece permane al di sopra del limite di 5.000 euro.

10. - Il comunicato dell'ANAC del 30 ottobre 2018

Da ultimo è necessario analizzare il documento del presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione Raffaele Cantone il quale ha pubblicato il seguente comunicato a seguito di diverse richieste di chiarimenti proprio sull'obbligo di utilizzo della piattaforma MePA in riferimento al limite di 1.000 euro (lo si ricorda ora 5.000 euro).

Questo il testo del comunicato:

«Sono giunte richieste di chiarimento in merito all'applicabilità dell'art.40, comma 2, del Codice dei contratti pubblici agli acquisti di importo inferiore a 1.000 euro.

In particolare, è stato chiesto se, in relazione alla disposizione recata dall'art. 40, co. 2 del Codice, sia consentito, per gli affidamenti infra 1.000 euro, procedere senza utilizzare mezzi telematici, in attuazione di quanto previsto dall'art. 1, co. 450 della legge 27 dicembre 2006, n. 296.

L'Autorità ritiene che, per gli acquisti infra 1.000 euro, permanga la possibilità di procedere senza l'acquisizione di comunicazioni telematiche, in forza della disposizione normativa da ultimo citata, non abrogata a seguito dell'emanazione del Codice dei contratti pubblici»

Al di là dell'applicabilità della deroga, perché di questo si tratta, introdotta dal Presidente Cantone in merito ad una norma primaria, un Decreto Legislativo (art. 40, comma 2 il quale stabilisce che «A decorrere dal 18 ottobre 2018, le comunicazioni e gli scambi di informazioni nell'ambito delle procedure di cui al presente codice svolte dalle stazioni appaltanti sono eseguiti utilizzando mezzi di comunicazione elettronici» ed anche dell'art. 52, comma 1 che precisa «Nei settori ordinari e nei settori speciali, tutte le comunicazioni e gli scambi di informazioni di cui al presente codice sono eseguiti utilizzando mezzi di comunicazione ») in applicazione ad una Direttiva dell'Unione Europea pare evidente che – a parte l'inciso «L'Autorità ritiene che» il comunicato dia la possibilità di derogare alla previsione normativa relativa all'uso dei “mezzi elettronici di informazione e comunicazione” e al “sistema telematico” di gestione delle gare d'appalto facendo fare un salto nel passato a tutto il

sistema perché, probabilmente da ora, la maggior parte dei soggetti faranno ricorso a questa “scappatoia” per stare “fuori dal sistema”.

In merito all’obbligo dell’uso delle procedure telematiche e del limite posto dalla legge di bilancio di cui si è detto molti operatori del settore sono apparsi disorientati come dimostra il quesito posto da un utente al Servizio Supporto Giuridico del MIT del 15/10/2018 nel quale viene chiesto di fare chiarezza sul punto, inoltrando il seguente quesito «dal 18 ottobre è previsto che le procedure di gara siano tutte telematiche; il mio dubbio è: la procedura telematica deve essere utilizzata per tutto, ossia procedure aperte, negoziate ma anche per affidamenti diretti fuori MEPA?» al quale l’ufficio risponde «la risposta è affermativa, fatto salvo quanto previsto nel Comunicato del Presidente dell’ANAC del 30/10/2018».

Ci si chiede se, con l’innalzamento della soglia a 5.000 euro dell’obbligo degli acquisti sul MePA, gli operatori della PA potranno effettuare liberamente a mezzo di “trattative dirette” senza obblighi per le comunicazioni e del sistema telematico fino a questo limite visto che la modifica da parte del Governo, intervenuta poco dopo il Comunicato dell’ANAC, agisce proprio in riferimento al limite di cui al comunicato.

In applicazione delle norme di cui sopra parrebbe di sì.

Vale tuttavia la pena ricordare che, nonostante la deroga fino a 5.000 euro di cui si appena chiarito la portata, tutte le considerazioni sin qui effettuate in merito all’uso dei “mezzi elettronici di informazione e comunicazione” e al “sistema telematico” di gestione delle gare d’appalto ci portano ad affermare che da 5.000 euro e fino a 40.000 euro, ed oltre ovviamente, l’insieme delle norme devono essere rispettate²².

11. - Conclusioni

Il Diritto, tra le altre, ha la prerogativa di dare certezze al Sistema scrivendo le regole base nelle diverse discipline e la giurisprudenza, grazie alla sua continua opera di adattamento alle mutate esigenze del contesto socio/economico, offre risposte ai casi concreti e particolari.

Negli ultimi anni, nella materia degli Appalti Pubblici tutto questo è mancato per via delle continue modifiche apportate alla norma e soprattutto dal fatto che, oltre ai problemi legati ad una norma primaria lacunosa e non organica, il legislatore ha assegnato all’ANAC e al

²² Come confermato dalla stessa ANAC, Atto di Segnalazione n. 7 del 19/12/2018, la quale sostiene che «Qualora si acceda alla tesi dell’applicabilità dell’obbligo di scambio telematico anche nei contratti sotto soglia, non sembrerebbero ad oggi sussistere elementi per escludere gli affidamenti diretti dall’ambito oggettivo di applicazione dell’art. 40, co. 2, ad eccezione, appunto, di quelli di valore inferiore a 1.000 euro»

MIT il compito di “completare” l’assetto normativo attraverso la produzione di norme da fonti secondarie e terziarie²³.

L’analisi condotta nel presente lavoro dimostra che il personale della Pubblica Amministrazione deve, negli Appalti Pubblici di qualsiasi importo²⁴, utilizzare sia i «*mezzi elettronici di informazione e comunicazione*» che i «*sistemi telematici*» offerti dai soggetti gestori delle piattaforme elettroniche di negoziazione. Questi ultimi, lo si ricorda, non devono necessariamente essere prodotti e gestiti da soggetti privati²⁵ ma potrebbero essere anche pubblici; di proprietà delle Regioni, per esempio, le quali avrebbero dovuto supportare, con risorse proprie e dello Stato, i comuni in questa delicata fase di transizione verso la digitalizzazione della PA. Purtroppo così non è stato ed anche in questo ambito si è scelto di “scaricare i costi” sulla più piccola unità dello Stato; i comuni.

Il legislatore nazionale dimentica che le trasformazioni in essere richiedono risorse economiche di cui i comuni non dispongono inoltre tali processi richiederebbero personale giovane²⁶, con competenze informatiche e manageriali, assenti nelle piante organiche di questi enti.

Per chiudere, è auspicabile che il Governo accolga l’invito inoltratogli dal Presidente dell’ANAC Raffaele Cantone nel quale si invita «*Anche al fine di favorire la piena attuazione della disciplina comunitaria di cui agli artt. 22 e 90 della Direttiva, l’Autorità segnala inoltre l’opportunità di una modifica normativa tesa a stabilire più chiaramente l’applicabilità degli art. 40, co. 2, del Codice alle procedure sotto soglia, valutando, al contempo, la possibilità di prevedere un regime differenziato per tali procedure come anche per altre situazioni. Fra queste, potrebbero ricomprendersi gli affidamenti diretti ovvero particolari procedure a invito, ad esempio quelle motivate da ragioni di urgenza, per le quali l’utilizzo di comunicazioni elettroniche potrebbe non consentire il rispetto dei canoni di efficienza ed efficacia nell’assegnazione delle commesse*»

²³ È solo grazie all’attenta e continua opera del Consiglio di Stato che si è riusciti a fare ordine in merito all’individuazione dei documenti da ritenere vincolanti e quali non vincolanti in merito soprattutto alle Linee Guida dell’ANAC.

²⁴ Tenuto conto, ovviamente, di quanto detto in merito al limite di 1.000 euro (ora 5.000 euro).

²⁵ Sul mercato sono presenti sia soggetti privati che ASMEL. Quest’ultimo nasce come S.R.L. e nel tempo si è trasformato in un consorzio con circa 2100 comuni aderenti il quale è in grado di offrire agli associati un gran numero di servizi a prezzi ridotti.

²⁶ A tal proposito «*L’età media dei lavoratori della pubblica amministrazione supera per la prima volta nel 2016 i 50 anni di età fissandosi a 50,34 anni. Nel 2015 l’età media era di 49,88 anni. Lo si legge nelle tabelle del Conto annuale appena pubblicate dalla Ragioneria dello Stato dalle quali emerge che nel 2006, dieci anni prima, l’età media dei travet era di 46,74 anni, quasi quattro in meno. L’età media nel 2016 era alta soprattutto nei ministeri (54,46 anni) e nella carriera prefettizia (54,54). L’età media più bassa è nelle Forze armate con 38,10 anni di media*» Il Sole24 ore del 31 gennaio 2018