Prot. 76/VSG/SD

Roma, 19 ottobre 2018

OGGETTO: Nota operativa per l'utilizzo obbligatorio, dal 18 ottobre, dei mezzi di comunicazione elettronici

## 1. Inquadramento normativo

Come noto, **il 18 ottobre 2018, è entrato in vigore l'obbligo, per tutte le stazioni appaltanti, di utilizzare mezzi di comunicazione elettronica nell'ambito delle procedure di gara.**
**Tale obbligo – previsto dal comma 2 dell'articolo 40 del decreto legislativo n. 50/2016 e ss.mm.ii. (di seguito Codice Appalti) –** deriva dall'art. 22 della direttiva comunitaria 2014/24/EU, che richiedeva proprio l'utilizzo dei mezzi elettronici per le comunicazioni: "*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*** *(art. 22, co. 1);* in tali casi, 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*» (art. 22, co. 3).
Dunque, l'oggetto della disposizione normativa succitata, riguarda le modalità con cui effettuare le comunicazioni e gli scambi di informazioni all'interno delle procedure di gara. Tuttavia, una completa disamina della disciplina, impone un collegamento dell'articolo 40, comma 2, con quanto previsto dall'articolo 52 del Codice, che descrive le caratteristiche che tali comunicazioni devono avere. Il comma 5 dell'articolo 52, in particolare, chiarisce: "*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".*

L'art. 52 inoltre, , **con riferimento alla presentazione dell'offerta**, stabilisce che le amministrazioni possano ancora ricorrere **all'uso di mezzi di comunicazione diversi da quelli elettronici nelle seguenti ipotesi derogatorie:**

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 gestiti dai programmi comunemente disponibili;
b) i programmi in grado di gestire i formati di file, adatti a descrivere l'offerta, utilizzano formati 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 della stazione appaltante;
c) l'utilizzo di mezzi di comunicazione elettronici richiede attrezzature specializzate per ufficio non comunemente disponibili alle stazioni appaltanti;
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;
*e)* l'uso di mezzi di comunicazione diversi dai mezzi elettronici è necessario a causa di una violazione della sicurezza dei mezzi di comunicazione elettronici ovvero per la protezione di informazioni di natura particolarmente sensibile che richiedono un livello talmente elevato di protezione da non poter essere adeguatamente garantito mediante l'uso degli strumenti e dispositivi elettronici che sono generalmente a disposizione degli operatori economici o che possono essere messi loro a disposizione mediante modalità alternative di accesso. ***In tali casi, però, le stazioni appaltanti indicano nella relazione unica i motivi per cui l'uso di mezzi di comunicazione diversi dai mezzi elettronici è stato ritenuto necessario (art. 52, comma 3, D.Lgs. 50/2016).***

Il quadro normativo si completa con **l'articolo 58** del Codice Appalti concernente le procedure svolte attraverso piattaforme telematiche di negoziazione e con **l'articolo art. 44,** che rimanda ad un D.M., contenente le "*modalità di digitalizzazione delle procedure*", la cui adozione al momento, non risulta avvenuta (si ricorda che per questo, ANCI, aveva presentato un emendamento al decreto milleproroghe per il rinvio del termine del 18 ottobre).

### *2. Utilizzo di piattaforme telematiche di negoziazione*

In questo quadro normativo, alquanto incerto e frammentato, sicuramente **gli obblighi di comunicazione informatica di cui all'articolo 40 comma 2 del Codice, possono dirsi adempiuti utilizzando <u>le piattaforme elettroniche di negoziazione,</u> che garantiscono il rispetto dell'integrità dei dati e la riservatezza delle offerte nelle procedure di affidamento**. Le piccole stazioni appaltanti, anche riunite in Cuc, che non hanno avuto tempo e soprattutto non hanno risorse per creare una propria piattaforma di *e-procurement*, possono quindi delegare la gara ad una Centrale di Committenza o altro soggetto aggregatore di riferimento, che abbia costituito la piattaforma *e-procurement*, o convenzionarsi, con piattaforme *e-procurement* che offrono tale servizio sul mercato.

### *3. Distinzione tra utilizzo di una piattaforma informatica di negoziazione, e strumenti di comunicazione digitali*

Se l'utilizzo di piattaforme elettroniche di negoziazione, come sopra descritte, soddisfa pienamente l'adempimento dell'obbligo *de quo*, ad avviso di ANCI, è **necessario distinguere l'utilizzo di una piattaforma informatica di negoziazione,** di cui all'art. 58, **dall'obbligo di utilizzo di strumenti di comunicazione digitali** di cui all'articolo 40.

In particolare, si ritiene che dal 18 ottobre u.s. ci sia unicamente la necessità per tutte le stazioni appaltanti di utilizzare idonei strumenti informatici per la trasmissione e ricezione della documentazione di gara, ma non vi sia ***alcun obbligo di ricorso alle procedure telematiche,* di cui all'art. 58**.

Il ragionamento logico-giuridico alla base di tale affermazione, si base sulla motivazione dell'articolo 52 della direttiva Ue n. 24/2014, in base alla quale «***il ricorso obbligatorio a mezzi di comunicazione elettronici ai sensi della presente direttiva non dovrebbe tuttavia obbligare le amministrazioni aggiudicatrici a effettuare il trattamento elettronico delle offerte, né a procedere alla valutazione elettronica o al trattamento automatizzato*».**

Ciò peraltro risulta confermato dall' articolo 37 comma 2, del Codice degli Appalti che prevede la possibilità, per tutte le stazioni appaltanti, in caso indisponibilità di strumenti telematici di negoziazione, di ricorrere agli affidamenti con procedure ordinarie.

Pertanto, si ritiene che, anche a seguito dell'entrata in vigore dell'articolo 40 comma 2, le stazioni appaltanti, **senza ricorrere alla gestione integrale della gara su piattaforma informatica**, possano utilizzare sistemi informatici specifici che si limitino alla ricezione e trasmissione della documentazione e informazioni di gara, incluse le domande di partecipazione e il DGUE, previsti dal Codice dei contratti e in conformità con quanto disposto dal CAD (es. *e-notification: pubblicazione elettronica dei bandi di gara; e-access: accesso elettronico ai documenti di gara; e-submission: presentazione elettronica delle offerte; e-Certis sistema informatico che consente di individuare i certificati e gli attestati più frequentemente richiesti nelle procedure d'appalto).*

### *4- Altre modalità operative in deroga e nelle more delle linee guida in materia di digitalizzazione delle procedure*

Si ritiene infine che, in assenza di una piattaforma di *e-procurement* (propria o convenzionata di cui al precedente punto 2, o di soggetti aggregatori), ovvero di un sistema informatico di trasmissione e gestione della documentazione di gara, le stazioni appaltanti possano ancora ricorrere a soluzioni alternative, quantomeno in attesa della piena implementazione degli strumenti telematici sicuri.

Come già ricordato infatti, non risulta adottato il D.M. di cui all'articolo 44 del Codice Appalti, che avrebbe dovuto definire ***le modalità di digitalizzazione delle procedure di tutti i contratti pubblici***, anche attraverso l'interconnessione per l'interoperabilità dei dati delle Pubbliche Amministrazioni. Non esiste dunque, nell'attuale quadro ordinamentale della materia, una definizione dello standard da utilizzare per la digitalizzazione delle procedure di gara.

Nelle more dunque del completamento di tale assetto normativo, possono essere utilizzate le deroghe di cui al succitato articolo 52, in quanto

costituiscono eccezioni all'obbligo **di richiedere mezzi di comunicazione elettronici**.

In particolare, l'art. 52, **con riferimento alla "procedura di presentazione dell'offerta"**, stabilisce che le amministrazioni possano ancora ricorrere **all'uso di mezzi di comunicazione diversi da quelli elettronici (quindi quelli tradizionali)** quando ciò si renda necessario, tra l'altro, per assicurare la sicurezza e la protezione di informazioni di natura particolarmente sensibile (articolo 52, comma 1, lett. e).

Il comma 5 dell'articolo 52, chiarisce che **non può intendersi come comunicazione per la fase di presentazione delle offerte, l'invio mediante posta elettronica certificata,** perché se è vero che la PEC (come idoneo strumento telematico di comunicazione e strumento di scambio di informazioni), garantisce l'integrità dei dati, di certo non può garantire la riservatezza e l'apertura del contenuto soltanto dopo il termine di presentazione delle offerte.

Pertanto, può ragionevolmente affermarsi che, anche dopo il 18 ottobre u.s., resti **comunque possibile, per la presentazione dell'offerta, la possibilità di ricorrere a modalità alternative a quelle elettroniche**, purché siano le uniche in grado di assicurare **l'integrità dei dati e la riservatezza delle offerte (tra queste, ad esempio, si ritiene annoverarsi anche la possibilità di presentare l'offerta in formato elettronico, su supporto informatico, all'interno della busta chiusa, sigillata e controfirmata)**. Ovviamente, il ricorso a tali altri mezzi, costituendo una deroga, andrà motivato nei termini anzidetti, nella relazione unica ( comma 3 dell'articolo 52).