



Autorità Nazionale Anticorruzione

Atto di segnalazione n. 7 del 19 dicembre 2018

Concernente l'obbligo di uso dei mezzi di comunicazione elettronici di cui agli artt. 40 e 52 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50

Approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1170 del 19 dicembre 2018

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione



Autorità Nazionale Anticorruzione

1. Premessa

Fra i compiti assegnati all'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) dall'art. 213 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice), rientra quello di cui al comma 3, lett. c) e d), di segnalare al Governo e al Parlamento proposte in ordine a modifiche occorrenti in relazione alla normativa vigente o fenomeni di inosservanza o di applicazione distorta della normativa di settore.

Nello svolgimento della propria attività istituzionale di vigilanza e nella trattazione di alcune richieste di parere, l'Autorità ha potuto riscontrare delle criticità in relazione all'attuazione delle disposizioni di cui agli artt. 40 e 52 del Codice concernenti l'obbligo di uso dei mezzi di comunicazione elettronici nello svolgimento di procedure di aggiudicazione. In questa sede si vogliono quindi portare all'attenzione del legislatore una serie di questioni attinenti alle norme in esame al fine sciogliere alcuni dubbi interpretativi e prevenire possibili difficoltà applicative nonché, anche al fine di conseguire un miglior bilanciamento nell'applicazione degli obblighi di comunicazione elettronici di derivazione comunitaria con le esigenze di semplificazione e razionalizzazione del sistema dei contratti pubblici con particolare riguardo alle procedure di minor valore, che coinvolgono soggetti di medie e piccole dimensioni sia dal lato della committenza pubblica che dal lato degli operatori del mercato.

2. Quadro normativo di riferimento

L'art. 22 della Direttiva Europea 2014/24/UE (Direttiva) dispone che gli Stati membri provvedono affinché tutte le comunicazioni e gli scambi di informazioni siano eseguiti utilizzando mezzi di comunicazione elettronici e prevede che gli strumenti e i dispositivi da utilizzare, nonché le relative caratteristiche tecniche, abbiano carattere non discriminatorio, siano comunemente disponibili e compatibili con i prodotti TLC generalmente in uso e non limitino l'accesso degli operatori economici alla procedura di aggiudicazione.

L'art. 22 stabilisce una serie di regole e prescrizioni applicabili alle comunicazioni e prevede alcune situazioni in cui è ammessa la deroga al loro utilizzo, interamente trasfusa nell'art. 52 del Codice.

L'art. 90 della Direttiva, contenente norme di recepimento e transitorie, stabilisce poi che gli Stati membri attuino le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla Direttiva stessa entro il 18 aprile 2018.

Proprio in recepimento alla richiamata disposizione comunitaria dell'art. 90, l'art. 40 del Codice, oltre a prevedere, al comma 1, che le comunicazioni e gli scambi di informazioni nell'ambito delle procedure svolte da centrali di committenza siano eseguiti utilizzando mezzi di comunicazione



Autorità Nazionale Anticorruzione

elettronici ai sensi dell'articolo 5-*bis* del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82 (Codice dell'amministrazione digitale, CAD), al successivo comma 2, prescrive anche 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.».

Gli artt. 40 e 52 sono collocati nella Parte II del Codice (contratti di appalto per lavori servizi e forniture). In particolare, l'art. 40 è collocato nel Titolo I (qualificazione delle stazioni appaltanti) mentre l'art. 52 nel Titolo III (procedura di affidamento), Capo I (modalità comuni alle procedure di affidamento), Sezione I (disposizioni comuni).

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).

Fatte salve le deroghe specificamente contemplate all'art. 52, co. 1, del Codice, dal 18 ottobre 2018 è dunque vigente l'obbligo per le stazioni appaltanti di utilizzare gli strumenti telematici per lo svolgimento delle procedure di affidamento. Mentre l'applicazione della norma alle centrali di committenza decorre dall'entrata in vigore del Codice in quanto già tenute all'utilizzo di mezzi di comunicazione elettronici ai sensi del CAD, per le altre stazioni appaltanti, riprendendo la norma comunitaria, il legislatore nazionale ha dato un termine per l'adeguamento, fissandone l'entrata in vigore a distanza di un certo lasso di tempo dall'adozione della Direttiva.

La *ratio* delle disposizioni in esame risiede nell'obiettivo di facilitare l'ingresso nel mercato europeo dei *competitors*, soprattutto di quelli esteri, attraverso la semplificazione delle modalità di presentazione dei documenti di gara. *A latere* rispetto a tale primario interesse, le norme intendono senza dubbio valorizzare anche l'esigenza di promuovere una maggiore trasparenza e tracciabilità dei procedimenti selettivi, assicurando al contempo la sicurezza e la riservatezza delle informazioni scambiate.

Riguardo alla nozione di comunicazioni e scambi di informazioni, è agevole verificare che l'art. 22, co. 2, della Direttiva (recepito interamente nell'art. 52, co. 4, del Codice), stabilisce che gli elementi essenziali della procedura di appalto includono i documenti di gara, le richieste di partecipazione, le conferme di interesse e le offerte. Le comunicazioni pertengono dunque, essenzialmente, anche se non esclusivamente, ai documenti di gara e *in primis* alle domande e alle offerte presentate dagli operatori economici. In tal senso anche il Codice, laddove parla di programmi in grado di gestire i formati di file, adatti a descrivere l'offerta (co. 1, lett. b), e dove indica 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 e che le stesse



Autorità Nazionale Anticorruzione

stazioni appaltanti esaminano il contenuto delle offerte e delle domande di partecipazione soltanto dopo la scadenza del termine stabilito per la loro presentazione (co. 5).

3. Dubbi interpretativi e problematiche applicative

Un primo dubbio interpretativo emerso attiene all'ambito oggettivo di applicazione delle norme del 40 e del 52 del Codice. Come sopra accennato, infatti, sembra che il legislatore nazionale, nel trasfondere la Direttiva nell'ordinamento Italiano, abbia propeso per un obbligo generalizzato di applicazione delle comunicazioni elettroniche a prescindere dal tipo di procedura adottata, dall'importo (sopra o sotto soglia) e dal settore (ordinario o speciale) di riferimento e dalla natura del rapporto che lega pubblico e privato (appalto o concessione), fornendo un termine per l'adeguamento da parte delle stazioni appaltanti, fatte salve le deroghe di cui all'art. 52, co. 1. A favore di questa tesi depone anche il fatto che l'art. 40, co. 2, del Codice rende applicabile la disposizione «nell'ambito delle procedure di cui al presente Codice», con una vocazione quindi di carattere generale, *naturaliter* estesa, appunto, a ogni tipologia di procedimento selettivo.

Tuttavia, mentre appare del tutto pacifico, in virtù della fonte normativa comunitaria, l'obbligo di utilizzare comunicazioni elettroniche nelle procedure sopra soglia, dubbi possono sorgere in relazione alla sua effettiva cogenza nell'ambito del sotto soglia in relazione al fatto che l'art. 36 del Codice, che disciplina proprio tale ambito, non richiama, fra le disposizioni o i principi applicabili, gli artt. 40 e 52 del Codice.

Occorre al contempo evidenziare che la questione sembra assumere rilevanza solo laddove la vigente normativa non obblighi già ad utilizzare strumenti telematici di negoziazione e acquisto, ossia negli appalti di lavori, nei servizi e nelle forniture non disponibili nel mercato elettronico della pubblica amministrazione (MEPA) o negli altri mercati elettronici istituiti dalle stazioni appaltanti, o qualora non sia possibile fare ricorso al sistema telematico messo a disposizione dalla centrale regionale di riferimento per lo svolgimento delle relative procedure. Il riferimento è all'art. 1, co. 450, della legge finanziaria per l'anno 2007 (legge 27 dicembre 2006, n. 296 - Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato) che esclude, tra l'altro, dall'obbligo di ricorrere al MEPA o ad altri mercati elettronici regionali gli acquisti di importo inferiore a 1.000 euro.

Un ulteriore dubbio interpretativo, emerso anche nella trattazione di alcune richieste di parere pervenute all'Autorità, riguarda la possibilità di derogare alla telematizzazione in presenza di affidamenti diretti, con particolare riferimento proprio agli acquisti di importo inferiore a 1.000 euro.

La questione, in verità, può sorgere in relazione agli affidamenti diretti *tout court*, nei quali (ad esempio, gli acquisti fino a 40.000 euro) non opera l'obbligo di attivare rituali procedure selettive (cfr. anche Linee guida dell'Autorità del 1 marzo 2018, n. 4 - Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici).



Autorità Nazionale Anticorruzione

Relativamente agli acquisti fino a 1.000 euro, con Comunicato del Presidente del 25 ottobre 2018, l'Autorità ha già avuto modo di rappresentare come permanga la possibilità di procedere senza l'utilizzo di comunicazioni telematiche, in forza della citata norma della legge finanziaria per il 2007, non abrogata a seguito dell'emanazione del Codice.

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. Ai sensi dell'art. 36, co. 2, infatti, gli affidamenti diretti costituiscono pur sempre procedure selettive disciplinate dal Codice, senza contare che le Linee guida n. 4 prevedono, sia pure quale *best practice*, il ricorso a meccanismi comparativi per la sezione dell'offerta migliore. D'altra parte, è anche vero che l'affidamento diretto, benché preceduto da sondaggi, indagini di mercato e sistemi comparativi, si sostanzia nella assegnazione diretta di un appalto a un determinato soggetto che affievolisce significativamente, eliminandole forse del tutto, le esigenze dichiarate dalle norme della Direttiva e del Codice del rispetto dei principi di non discriminazione e di accesso degli operatori economici nell'utilizzo delle comunicazioni elettroniche. Va da sé, infatti, che l'affidamento/negoziazione riguarda un solo operatore economico e non sembrano dunque rilevare eventuali profili di non discriminazione/accesso nell'utilizzo di determinate modalità elettroniche.

Secondo altro orientamento, sarebbe comunque possibile per le stazioni appaltanti, nelle more dell'acquisizione di piattaforme telematiche idonee alla gestione delle comunicazioni e dell'adozione del decreto¹ di cui all'art. 44 del Codice, consentire sistemi alternativi, come ad esempio la presentazione di offerte redatte su supporto telematico e inserite all'interno di un plico cartaceo. Tale impostazione non appare convincente in quanto l'art. 52, oltre ad aver previsto un certo periodo di tempo per l'adeguamento, esonera dall'uso di mezzi elettronici solo in determinati casi tassativamente previsti, per lo più legati a profili di carattere tecnico o alla specialità dell'appalto, e tra i quali non è ricompreso il caso poc'anzi richiamato.

Peraltro, occorre anche osservare che la soluzione dell'inserimento delle offerte redatte su supporto telematico all'interno di un plico cartaceo rischia di vanificare la *ratio* della norma, finalizzata alla semplificazione della partecipazione delle imprese, soprattutto estere, ai mercati pubblici e comunque non sembra aderente al tenore letterale dell'art. 40. Inoltre, come sopra evidenziato, la disposizione dell'art. 52 fa riferimento al concetto di comunicazioni e scambio di informazioni in

¹ Si tratta del decreto del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita l'Agenzia per l'Italia Digitale (AGID) nonché dell'Autorità garante della privacy per i profili di competenza, per definire le modalità di digitalizzazione delle procedure di tutti i contratti pubblici, anche attraverso l'interconnessione per interoperabilità dei dati delle pubbliche amministrazioni nonché le migliori pratiche riguardanti metodologie organizzative e di lavoro, metodologie di programmazione e pianificazione, riferite anche all'individuazione dei dati rilevanti, alla loro raccolta, gestione ed elaborazione, soluzioni informatiche, telematiche e tecnologiche di supporto.



Autorità Nazionale Anticorruzione

formato elettronico, lasciando chiaramente intendere che la trasmissione dei documenti di gara debba avvenire in modo telematico.

Non appare neanche rilevante la circostanza esimente della mancata adozione del decreto del Ministro della pubblica amministrazione previsto dall'art. 44 del Codice sulla digitalizzazione delle procedure relative ai contratti pubblici, che potrebbe anche disciplinare profili di natura tecnico-regolamentare attinenti alle comunicazioni fra stazioni appaltanti e concorrenti.

Sotto il profilo applicativo, pur evidenziando il termine concesso per l'adeguamento, e in disparte i dubbi interpretativi sopra evidenziati, non possono nascondersi le possibili difficoltà operative delle stazioni appaltanti, soprattutto medio-piccole, nell'attuare pienamente gli obblighi di comunicazione, e ritardi nell'attuazione emergono tanto dai controlli in sede di vigilanza quanto dall'attività consultiva dell'Autorità.

Al riguardo, pur dando atto che la norma dell'art. 52, co. 1², che trasfonde interamente l'art. 22 della Direttiva, esonera espressamente dall'utilizzo di comunicazioni elettroniche in taluni casi, le condizioni ivi previste ben potrebbero verificarsi negli appalti di maggior valore ma non anche in quelli di importo minore. Si pensi, soprattutto alla deroga per la "*natura specialistica dell'appalto*": la formulazione risulta piuttosto generica e nel merito la fattispecie può essere anche correlata al valore della procedura oppure alla dimensione o alla natura della stazione appaltante. Anche la deroga per la "*richiesta di attrezzature specializzate per ufficio non comunemente disponibili alle stazioni appaltanti*", presenta profili problematici. La norma andrebbe infatti intesa nel senso che è consentito l'utilizzo di mezzi di comunicazione non elettronici qualora siano richieste attrezzature specializzate non comunemente disponibili alle stazioni appaltanti in generale e non alla specifica stazione appaltante interessata. Poiché le piattaforme telematiche sono in uso da tempo presso centrali di committenza/soggetti aggregatori, va da sé che se ne potrebbe affermare la comune disponibilità presso le stazioni appaltanti, ma la loro acquisizione rappresenta al contempo un onere soprattutto per gli enti medio-piccoli.

² L'utilizzo di mezzi non elettronici è consentito:

- a) a causa della natura specialistica dell'appalto;
- b) qualora i programmi che utilizzano formati 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) la richiesta di attrezzature specializzate per ufficio non comunemente disponibili alle stazioni appaltanti;
- d) la necessità di presentare un modello fisico o in scala ridotta che non può essere trasmesso per mezzo di strumenti elettronici;
- e) la necessità di utilizzo di mezzi di comunicazione diversi dai mezzi elettronici 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.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Ad ogni modo, se per i contratti relativi a beni e servizi sotto-soglia comunitaria, in particolare il MEPA consente ormai da tempo la gestione di affidamenti con modalità elettroniche, per le procedure relative a lavori di qualunque importo ovvero a beni e servizi per i quali non sono disponibili gli strumenti di acquisto messi a disposizione da Consip, dagli altri soggetti aggregatori o dai mercati elettronici regionali, le stazioni appaltanti non ancora dotate di proprie infrastrutture dovrebbero delegare lo svolgimento delle procedure a una centrale di committenza o ad altro soggetto aggregatore di riferimento. Ciò potrebbe determinare non solo rallentamenti, qualora i sistemi delle centrali o dei soggetti aggregatori non fossero in grado di gestire le richieste di gare su delega, ma anche creare possibili difformità nell'applicazione della disciplina laddove ne è richiesta un'attuazione omogenea.

D'altra parte, occorre evidenziare che sarebbe comunque inefficiente che, al fine di rispettare l'obbligo di cui all'art. 40, ogni stazione appaltante si dotasse di una propria piattaforma poiché si verrebbe a determinare una proliferazione di sistemi con duplicazioni rispetto a quelle già in uso, soprattutto da parte di centrali di committenza e soggetti aggregatori. Proliferazione che sarebbe particolarmente inefficiente nel caso di enti medio-piccoli che svolgono un numero annuo di procedure piuttosto limitato anche in termini di importo. Al riguardo, la norma potrebbe anche prevedere forme di riuso delle piattaforme già in essere.

4. Conclusioni

Alla luce di quanto sopra esposto, l'Autorità segnala possibili ritardi nell'adempimento dell'obbligo di utilizzo dei sistemi di comunicazione elettronica nell'affidamento dei contratti pubblici e modalità applicative non in linea con le previsioni normative.

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.

Infine, l'Autorità segnala l'opportunità di un intervento correttivo per rivalutare alcune ipotesi derogatorie di cui all'art. 52, co. 1, ad esempio, precisando il concetto di "natura specialistica dell'appalto" di cui alla lett. a), la cui vaga formulazione potrebbe peraltro creare incertezze applicative ovvero essere utilizzata come motivazione sistematica per eludere l'obbligo, e rivedendo la "richiesta di attrezzature specializzate per ufficio non comunemente disponibili alle stazioni



Autorità Nazionale Anticorruzione

appaltanti”, di cui alla lett. c), alla luce dello sviluppo ormai consolidato di strumenti telematici di negoziazione sia a livello nazionale che locale, valutando anche forme di riuso delle piattaforme oggi utilizzate dalle stazioni appaltanti.

Il Presidente
Raffaele Cantone

Approvato dal Consiglio nella seduta del 19 dicembre 2018

Depositato presso la Segreteria del Consiglio il 3 gennaio 2019

Il Segretario Maria Esposito