

Prot. n. 296/C/2018

Preg.mi Sigg.
Titolari e/o Legali Rappresentanti
delle Imprese associate
LORO SEDI

Ragusa, 30 Ottobre 2018

Oggetto: **Appalti pubblici: obbligatorie le comunicazioni elettroniche .**

Il 18 ottobre ha segnato l'entrata in vigore dell'obbligo di utilizzo della comunicazione elettronica nella gestione delle procedure di gara per l'affidamento dei contratti pubblici, previsto all'art. 40 del d.lgs. 50/2016, così come riformulato a seguito del d.lgs. 50/2016.

La novità non riguarda solo il Documento di gara unico europeo (DGUE), ma tutte le comunicazioni tra impresa e stazione appaltante (vedi News ANCE ID 33971 del 12 ottobre 2018).

1) Inquadramento normativo

La disciplina sull'informatizzazione della PA è particolarmente complessa, perché conta su diverse norme, non sempre perfettamente allineate fra di loro, distribuite tra Codice dei contratti, Codice dell'Amministrazione Digitale (c.d. CAD, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82), direttive europee, DPCM, regole tecniche AgID, etc..

In particolare, in tema di comunicazioni, l'art. 22 della direttiva comunitaria 2014/24/EU, con riferimento alla disciplina gli appalti, richiede l'utilizzo dei mezzi elettronici e conseguentemente l'abbandono del supporto cartaceo tra stazioni appaltanti e imprese.

In particolare, nella direttiva si prevede che gli Stati membri provvedano «affinché tutte le comunicazioni e gli scambi di informazioni ..., 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).

L'obbligo di adottare strumenti elettronici di comunicazione tra stazioni appaltanti e imprese viene espresso anche nel considerando 52 della stessa direttiva con il dichiarato fine di «semplificare notevolmente la pubblicazione degli appalti e accrescere l'efficacia e la trasparenza delle procedure di appalto [...] in quanto aumentano enormemente le possibilità degli operatori economici di partecipare a procedure d'appalto nell'ambito del mercato interno»

Nell'ordinamento interno, i principi di informatizzazione delle gare pubbliche sono stati previsti, anzitutto, dalla legge delega per il recepimento delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE (L. n. 11/2016).

A sua volta, il Codice dei Contratti (D.lgs. n. 50/2016) contempla sul tema le seguenti principali misure:

- art. 40, in cui si dispone che, laddove le gare siano svolte da centrali di committenza, occorre fare ricorso a mezzi di comunicazione elettronici, ai sensi dell'articolo 5-bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, Codice dell'amministrazione digitale (co. 1); per le procedure svolte da altre stazioni appaltanti, l'utilizzo dei mezzi di comunicazione elettronici viene fatto scattare dal 18 ottobre 2018;

- art. 44, che rimanda ad un DM, contenente le "modalità di digitalizzazione delle procedure", al momento non ancora adottato;

- art. 52 che, nel regolare le modalità, anche tecniche, delle comunicazioni elettroniche nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione, contiene altresì l'elenco delle deroghe all'obbligo del ricorso ai mezzi elettronici di comunicazione (comma 1, lettere a, b, c, d ed e);

- art. 58, concernente le procedure svolte attraverso piattaforme telematiche di negoziazione.

A corollario, sono presenti anche alcune regole tecniche, tra cui la Circolare n. 3 del 6 dicembre 2016 dell'AgID, in materia di e-procurement di cui (art. 58, co. 10), nonché quelle in materia di formazione, trasmissione, validazione temporale e conservazione dei documenti informatici delle pubbliche amministrazioni, di cui al DPCM 13 novembre 2014.

2) Modalità operative per le stazioni appaltanti

A fronte di un quadro normativo così frammentato, gli obblighi di comunicazione informatica sottesi alla scadenza del 18 ottobre possono essere adempiuti, ad avviso dell'ANCE, secondo diverse opzioni operative, quali:

a) Il ricorso a piattaforme telematiche di negoziazione, cd "e-procurement" (art 58).

Una prima modalità, idonea per garantire il rispetto dell'integrità dei dati e la riservatezza delle offerte nelle procedure di affidamento, è senz'altro quella, per la stazione appaltante, di creare una piattaforma e-procurement ad hoc o, in alternativa, di utilizzare le piattaforme elettroniche di negoziazione esistenti (convenzionandosi con una Centrale di Committenza qualificata o altro soggetto aggregatore di riferimento, tra cui, ad es., Invitalia e Consip).

In proposito, si ricorda che le gare telematiche sono gestite interamente in via elettronica, incluse le offerte e l'aggiudicazione .

Il sistema telematico, in particolare, crea ed attribuisce in via automatica a ciascun operatore economico che partecipa alla procedura un codice identificativo personale attraverso l'attribuzione di userID e password e di eventuali altri codici individuali necessari per operare all'interno del sistema. Al momento della ricezione delle offerte, la stazione appaltante trasmette in via elettronica a ciascun concorrente la notifica del corretto recepimento dell'offerta stessa. Conclusa la procedura, il sistema telematico produce in automatico la graduatoria.

Si tratta, quindi, a ben vedere di una modalità molto avanzata sul piano informatico, attraverso la quale gli obblighi di riservatezza e inviolabilità necessari in caso comunicazioni in via elettronica, possono ritenersi certamente assolti.

b) Ulteriori sistemi per la trasmissione in formato elettronico della documentazione e delle informazioni di gara

Oltre all'utilizzo dell'e-procurement (di cui al punto precedente), si ritiene possibile adempiere all'obbligo previsto dall'art. 40 del Codice utilizzando anche ulteriori sistemi, purché idonei a garantire che le trasmissioni in formato elettronico della documentazione e delle informazioni di gara rispettino gli obblighi di riservatezza e inviolabilità.

In tal caso, come specificato il 10 aprile u.s. da AgID sul proprio sito (Sezione dedicata all'e-procurement), l'attuazione delle direttive europee sulle comunicazioni elettroniche avviene con l'utilizzo di:

- e-notification: pubblicazione elettronica dei bandi di gara;
- e-access: accesso elettronico ai documenti di gara;
- e-submission: presentazione elettronica delle offerte;
- ESPD: documento di gara unico europeo [il DGUE];
- e-Certis: il sistema informatico che consente di individuare i certificati e gli attestati più frequentemente richiesti nelle procedure d'appalto».

Rispetto a tali passaggi, la gestione della gara su piattaforma telematica rappresenta qualcosa di più. Al riguardo, è, infatti, necessario distinguere l'utilizzo di una 'piattaforma informatica di negoziazione', di cui all'art. 58, rispetto all'obbligo di 'utilizzo di strumenti di comunicazione digitali', di cui all'art. 40.

Quest'ultimo, in particolare, sembra riferito unicamente alla necessità, per le stazioni appaltanti, di utilizzare idonei strumenti informatici per la trasmissione e ricezione della documentazione di gara, ma non sembra porre alcun obbligo di ricorso alle procedure telematiche di cui all'art. 58.

A tale conclusione si giunge anche in virtù di quanto chiarito dal considerando 52 della direttiva Ue n. 24/2014, sopra cennato, a tenore del 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».

Inoltre, anche l'art. 37 del Codice prevede la possibilità, per le stazioni appaltanti in possesso della necessaria qualificazione, di ricorrere, nei casi previsti, all'e-procurement, lasciando tuttavia aperta quella di svolgimento delle ordinarie procedure.

Ciò premesso, si è dell'avviso che le stazioni appaltanti, senza ricorrere alla gestione integrale della gara su piattaforma informatica, potranno utilizzare ulteriori e specifici sistemi informatici che si limitino alla ricezione e trasmissione della documentazione e informazioni di gara - incluse le domande di partecipazione e il DGUE - purché rispondenti a quanto disposto dal CAD.

c) Le eccezioni previste dal codice dei contratti

In questo quadro, si ritiene infine che, in assenza di una piattaforma di e-procurement (propria o convenzionata, di cui al precedente punto a) o di un sistema informatico di trasmissione e gestione della documentazione di gara (di cui al precedente punto b), la stazione appaltante possa ancora ricorrere a soluzioni alternative, quantomeno in attesa della piena implementazione degli strumenti telematici sicuri.

Implementazione che, al momento, non può dirsi ancora pienamente raggiunta, se non altro perché il quadro normativo sulla digitalizzazione delle procedure di gara è ancora incompleto.

Infatti, non risulta ancora adottato il decreto, di cui al cennato art. 44 del Codice, contenente le linee guida che, ai sensi del CAD, indicheranno gli standard internazionali e le 'regole tecniche' europee da utilizzare per la digitalizzazione delle procedure di tutti i contratti pubblici). In questa situazione d'incertezza, potrebbe venire in soccorso l'art. 52 del Codice, che prevede alcune deroghe rispetto all'obbligo, per le stazioni appaltanti, di richiedere mezzi di comunicazione elettronici.

In particolare, l'art. 52, con riferimento alla presentazione dell'offerta, stabilisce che le amministrazioni possano ancora ricorrere all'uso di mezzi di comunicazione diversi da quelli elettronici (rectius tradizionali), quando ciò si renda necessario, tra l'altro, per assicurare la sicurezza e la protezione di informazioni di natura particolarmente sensibile (al co. 1, lett. e). Ora, la PEC, sebbene sia uno strumento di trasmissione elettronica comunemente in uso o, comunque, facilmente accessibile per imprese e stazioni appaltanti, presenta, tuttavia, un limite, perché, pur garantendo l'integrità del contenuto, non è idoneo a tutelare la riservatezza.

Ne consegue che, con riferimento alla presentazione delle offerte, la PEC non può ritenersi un mezzo di trasmissione idoneo.

Pertanto, può ragionevolmente affermarsi che, anche dopo il 18 ottobre u.s., resti comunque possibile, per la sola presentazione offerta (non quindi del DGUE), la

possibilità di ricorrere a modalità alternative a quelle elettroniche (tra cui, ad esempio, la presentazione dell'offerta in formato elettronico, su supporto informatico, da porre all'interno della busta) purché siano le uniche in grado di assicurare l'integrità dei dati e la riservatezza delle offerte. In tal caso, occorre darne puntuale motivazione, come richiesto dall'art. 52, co. 3 del Codice. Naturalmente, in mancanza di congrua motivazione, la procedura potrebbe essere censurabile.

3) Il sistema AVCpass

In ultimo, occorre notare che, dal 18 ottobre, il controllo telematico dei requisiti di gara dichiarati dalle imprese sarebbe dovuto passare al MIT tramite la nuova Banca Dati degli Operatori Economici (BDOE) prevista dall'art. 81 del Codice, con conseguente superamento del sistema AVCpass.

Tuttavia, tale passaggio sembra rimandato, visto che manca ancora il relativo decreto istitutivo.

Cordialità


ANCE RAGUSA
Il V. PRESIDENTE
(Geom. Giovanni Bonometti)