

# **Consiglio di Stato - Sezione Consultiva per gli Atti Normativi, Parere n. 1940 del 26 novembre 2020 (Adunanza di Sezione del 17 novembre 2020)**

Premesso

1. Con nota 3 novembre 2011, prot. 1810, il Ministro per la pubblica amministrazione ha chiesto il parere della Sezione sullo schema di decreto recante le modalità di digitalizzazione delle procedure dei contratti pubblici.

Alla richiesta di parere sono stati allegati i concerti del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, del Ministro dell'economia e delle finanze, nonché i pareri del Ministro per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione, dell'Autorità garante per la protezione dei dati personali e di AGID - Agenzia per l'Italia digitale.

All'adunanza del 17 novembre 2020 la Sezione si è riunita per l'esame dell'affare e l'espressione del parere di legge.

2. Il ministero richiedente ha posto l'attenzione sul fatto che la digitalizzazione degli appalti pubblici è una delle principali direttrici delle politiche economiche della Commissione europea e che, già alla fine del 2011, la Commissione ha proposto di rendere obbligatorie le fasi di pubblicazione elettronica (e-notification), di accesso elettronico ai documenti di gara (e-access) e di presentazione elettronica delle offerte (e-submission).

L'amministrazione referente ha ricordato altresì che successivamente la Commissione è intervenuta in un'altra fase del processo di acquisto attraverso la digitalizzazione della fatturazione (e-invoicing), al fine di sfruttare i vantaggi degli appalti elettronici e procedere alla modernizzazione del quadro giuridico degli appalti pubblici.

Anche attraverso l'introduzione del pagamento elettronico, poi, si è perseguito l'obiettivo di realizzare per via elettronica l'intero ciclo dell'appalto, ossia dalla pubblicazione del bando fino al pagamento elettronico. Tutto ciò in considerazione del fatto che gli appalti elettronici costituiscono uno dei fattori che contribuiscono alle finalità di crescita sostenibile della strategia Europa 2020 e alla realizzazione di un unico mercato digitale.

Passando al versante nazionale, tali obiettivi sono stati inseriti dalle autorità italiane tra le azioni del Piano d'azione nazionale "Appalti pubblici", allegato all'Accordo di partenariato italiano 2014-2020, in ragione della centralità che il settore degli appalti pubblici riveste nel contesto dei fondi strutturali e d'investimento europei per il perseguimento di un pieno ed efficace coordinamento tra la politica del mercato interno e la politica di coesione territoriale.

In questo contesto, il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici) prevede, secondo gli obiettivi primari di semplificazione ed efficacia che caratterizzano le direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, l'introduzione delle nuove tecnologie digitali nei processi di acquisto della pubblica amministrazione. In particolare, l'articolo 44 del Codice stabilisce che "entro un anno dalla data di entrata in vigore del presente codice, con 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, sono definite le modalità di digitalizzazione delle procedure di tutti i contratti pubblici, anche attraverso l'interconnessione per interoperabilità dei dati delle pubbliche amministrazioni. Sono, altresì, definite 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".

In considerazione di tale quadro economico e normativo, gli Uffici del Ministro per la pubblica amministrazione hanno provveduto a elaborare uno schema di decreto che identifica i principi generali che sottendono alla digitalizzazione dei processi di acquisto della PA, effettuando in particolare la c.d. "reingegnerizzazione" in chiave digitale delle fasi di acquisto e negoziazione e individuando le caratteristiche tecniche generali dei sistemi - indicati appunto come "sistemi telematici" - che ne costituiscono il supporto telematico.

Considerato

1. In primo luogo la Sezione rileva che il parere del Ministro per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione, pur non espressamente richiesto dall'articolo 44 del decreto legislativo 18 aprile 2020, n. 50, è stato reso dal capo del settore legislativo, laddove, per giurisprudenza costante della Sezione, i pareri e i concerti sugli schemi normativi devono essere resi a firma del Ministro o "d'ordine" del Ministro. Si invita, pertanto, l'amministrazione a porvi rimedio.

2. In secondo luogo, sempre in via preliminare, la Sezione evidenzia che il testo dello schema di regolamento in esame non risulta sempre del tutto conforme ai criteri per la redazione dei testi normativi previsti dalla circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri 2 maggio 2001, “Guida alla redazione dei testi normativi”.

Ed invero, si riscontra un frequente ricorso a parole di origine inglese (ad esempio “Business Impact Analysis - BIA”, “patch”, “security incident management”, “disaster recovery”), in contrasto con quanto disposto dal punto 1.6 della suddetta circolare, ove si prevede che “sono evitati i termini stranieri, salvo che siano nell’uso della lingua italiana e non abbiano sinonimi di uso corrente in tale lingua”. La Sezione, pur essendo perfettamente consapevole che in materia, a volte, risulta indispensabile l’uso di termini inglesi, invita il ministero a rivedere il testo ed eliminare quelli non necessari.

Più in generale si formula l’invito a rivedere integralmente lo schema di regolamento in esame, per renderlo conforme alle linee guida stabilite con la predetta circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri 2 maggio 2001.

Si passa ora alle osservazioni sull’articolato.

#### Articolo 1

1. L’articolo 1 dello schema sottoposto a parere reca le definizioni secondo una prassi, ormai frequente, da condividere. Per esigenze di sistematicità, la Sezione reputa necessario che in questo articolo vengano inserite tutte le definizioni contenute in altri articoli dello schema in oggetto e precisamente le seguenti definizioni:

a) di Codice dell’amministrazione digitale, di cui all’articolo 2, comma 1;

b) del Regolamento (UE) n. 910/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 luglio 2014, in materia di identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno, di cui all’articolo 3, comma 2;

c) di banca dati nazionale dei contratti pubblici, di cui all’articolo 19, comma 5;

d) di banca dati nazionale degli operatori economici, di cui all’articolo 24.

2. Occorre osservare altresì che l’articolo in esame contiene le definizioni di gestore e di responsabile del sistema telematico ma non anche quella di “sistema telematico”. Per la Sezione è necessario che venga inserita anche tale definizione, allo scopo di rendere più chiaro l’ambito di applicazione e l’oggetto del regolamento in questione.

3. Rileva altresì la Sezione che il regolamento, pur contenendo la definizione di “gestore del sistema telematico” e di “responsabile del sistema telematico”, non chiarisce le modalità di scelta di tali soggetti. Per ragioni di trasparenza, occorrerebbe chiarire tale aspetto. Valuti il Ministero le modifiche da introdurre. In tale contesto sarà altresì necessario illustrare la ragione per cui il “responsabile del sistema telematico” può essere solamente un “soggetto pubblico”, laddove il gestore può essere pubblico o privato.

#### Articolo 2

1. Al comma 1 dell’articolo 2 è necessario chiarire che il regolamento si riferisce, giusta la delega contenuta all’articolo 44 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, ai contratti disciplinati dal Codice ora menzionato.

2. Sempre al comma 1, dopo le parole “anche attraverso” è necessario inserire le seguenti parole “l’interconnessione per”.

#### Articolo 3

1. Il comma 3 stabilisce che, una volta completata la procedura di identificazione, il responsabile del sistema telematico attribuisce all’utente un profilo, coerente col ruolo o la funzione svolta nella procedura, “consentendone la caratterizzazione”. Valuti il Ministero se chiarire tale ultima locuzione o se inserire la definizione di “caratterizzazione” all’articolo 1 prima esaminato.

#### Articolo 8

1. Per maggior rigore giuridico, la Sezione reputa opportuno sostituire la locuzione “ove ne ricorrano i requisiti” con quella più appropriata “ove ne ricorrano i presupposti e i requisiti”.

## Articolo 9

1. L'avverbio "altresi" dovrà essere sostituito da "anche", eliminando le virgole che lo precedono e lo seguono.
2. Al comma 2, va apposta una virgola dopo "misure tecniche e organizzative".

## Articolo 12

1. Al comma 1, per indicare il soggetto destinatario del servizio svolto dal sistema telematico, dopo il verbo "consente" aggiungere "alla stazione appaltante".

## Articolo 13

1. Nella rubrica, per evitare una endiadi ridondante, eliminare le parole "decreto o" e mettere con l'iniziale maiuscola "Determina".
2. Al comma 1, per indicare il soggetto destinatario del servizio svolto dal sistema telematico, dopo il verbo "consente" aggiungere "alla stazione appaltante".
3. Al comma 2, sostituire "può consentire" con le parole "consente alla stazione appaltante", essendo comunque rimessa alla medesima stazione appaltante la decisione in ordine all'utilizzo o meno del sistema telematico per la redazione dello schema di determina a contrarre.

Eliminare le parole "di decreto o" per le ragioni prima esposte.

## Articolo 14

1. Al comma 3, sostituire "e può consentirne" con "e ne consente", per le stesse ragioni già indicate nel commento al precedente articolo 13, comma 2.
2. Al comma 4, parimenti è opportuno sostituire "può supportare" con "supporta", essendo tale facoltà (di ausilio alla stazione appaltante nella redazione e nell'invio degli inviti) comunque condizionata al tipo di procedura ad evidenza pubblica utilizzato.

Sostituire altresì le parole "ove la procedura di gara lo preveda" con "ove la procedura di affidamento lo preveda".

## Articolo 15

1. Al comma 1, sostituire la frase "consente all'operatore economico di procedere alla compilazione e presentazione dell'offerta" con la frase "consente all'operatore economico di compilare e presentare l'offerta"; aggiungere una virgola dopo la parola "web".
2. Al comma 2, dopo "offerta tecnica" aggiungere la precisazione "con i relativi allegati".
3. Al comma 3, sostituire le parole "provvede a trasmettere" con "trasmette".
4. Al comma 4, dopo le parole "il sistema telematico", sostituire la locuzione "verifica l'avvenuto inserimento" con la frase "effettua la verifica preliminare dell'avvenuto inserimento".

Va altresì rilevata l'opportunità di prevedere espressamente ulteriori attività a carico del sistema telematico, quali ad esempio l'invio di un avviso, qualora tale verifica preliminare dia esito negativo.

## Articolo 16

1. Al comma 1, sostituire la parola "Commissione" con "commissione".

## Articolo 17

1. Al comma 1, secondo periodo, sostituire la parola "agli" con "degli".

2. Al comma 2, occorre prevedere espressamente che il sistema telematico, nel consentire la gestione telematica delle sedute collegiali della commissione giudicatrice, garantisca la necessaria riservatezza delle sedute non pubbliche. La Sezione reputa necessario che il regolamento venga modificato in tal senso.

3. Con riferimento al comma 3, nella relazione illustrativa si chiarisce che “i dati registrati dal sistema relativi alle operazioni effettuate” altro non sono che le registrazioni delle sedute della commissione giudicatrice. Al riguardo si ritiene opportuno modificare il comma in esame, per maggiore chiarezza, nel seguente modo: “Il sistema telematico consente l’acquisizione dei verbali o la loro redazione e registra le sedute della commissione giudicatrice”. È necessario altresì prevedere espressamente che la suddetta registrazione venga effettuata nel rispetto della segretezza delle sedute non pubbliche della commissione giudicatrice.

#### Articolo 19

1. Al comma 1, per evitare incertezze interpretative, dopo le parole “agli operatori economici”, si ritiene opportuno sostituire il sostantivo “concorrenti” con “partecipanti”.

2. Al comma 3, si ritiene opportuno riformulare interamente il comma, per meglio distinguere le attività in capo alla stazione appaltante dalle attività consentite agli operatori economici, nel seguente modo: “Il sistema telematico permette alla stazione appaltante di consultare e verificare la documentazione amministrativa richiesta ai fini dell’ammissibilità alla procedura di gara e di attivare il soccorso istruttorio o la richiesta di chiarimenti sulla documentazione presentata. Il sistema telematico consente agli operatori economici partecipanti di accedere agli atti di gara ai sensi della normativa vigente”.

3. Al comma 4, per le ragioni già sopra esposte, dopo il verbo “consente” aggiungere “alla stazione appaltante”. Aggiungere la preposizione “di” prima della parola “esclusione”.

4. Al comma 5, per maggiore chiarezza espositiva, si ritiene opportuno riformulare il comma nel seguente modo: “In caso di esclusione dalla gara di un partecipante, il sistema telematico, nel rispetto della normativa vigente, consente alla stazione appaltante la comunicazione del relativo provvedimento di esclusione alla banca dati nazionale dei contratti pubblici (BDNCP) di cui all’articolo 213, comma 8, del codice, anche ai fini dell’iscrizione nel casellario informatico dei contratti pubblici di cui all’articolo 213, comma 10, del codice.”.

5. Al comma 7, sostituire le parole “di procedere alla modifica degli esiti” con la frase “di modificare gli esiti”.

6. Al comma 8, sostituire “degli operatori economici” con “agli operatori economici”.

#### Articoli 20 e 21

1. Gli articoli 20 e 21, relativi, rispettivamente, all’apertura e valutazione delle offerte tecniche, nonché all’apertura e valutazione delle offerte economiche, devono essere trattati congiuntamente, stante l’omogeneità dei rilievi da formulare, a fronte di criticità simili riscontrate nei predetti articoli.

Giova innanzitutto considerare che il regolamento in esame ha una applicazione generalizzata, come tale estesa sia alle procedure di affidamento aggiudicate con il criterio del prezzo più basso sia a quelle aggiudicate con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell’articolo 95 del codice dei contratti pubblici.

Come è noto, qualora l’aggiudicazione avvenga con il criterio del prezzo più basso, si dovrà fare esclusivo riferimento alle offerte economiche presentate e ai relativi ribassi d’asta, con aggiudicazione automatica in favore del partecipante che, dopo la fase eventuale di individuazione e verifica delle offerte anomale di cui all’articolo 97 del codice, abbia offerto il maggiore ribasso.

Diversamente invece, nel caso di aggiudicazione col criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, la commissione giudicatrice, ai sensi dell’articolo 77 del codice dei contratti pubblici, dovrà procedere alla valutazione, secondo i criteri prefissati dal bando o dal capitolato speciale d’appalto (*lex specialis*), sia delle offerte tecniche sia delle offerte economiche, con l’assegnazione alle prime e alle seconde del relativo punteggio, esercitando un proprio potere tecnico-discrezionale nella valutazione della componente tecnica, così come riconosciuto da consolidata giurisprudenza di questo Consiglio di Stato.

Conseguentemente, nelle procedure di affidamento aggiudicate col criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, la commissione giudicatrice deve rimanere, ai sensi del predetto articolo 77 del codice, il solo organo deputato alla valutazione delle offerte tecniche ed economiche ed all’assegnazione dei relativi punteggi, potendosi demandare al sistema telematico unicamente lo svolgimento di compiti prettamente aritmetici, come ad esempio il

calcolo del punteggio totale assegnato al singolo partecipante e purché rimanga sempre escluso che il sistema telematico possa sostituirsi alla commissione giudicatrice nell'esercizio del suo potere tecnico-discrezionale. In tal senso, come si chiarirà anche al punto 2.5., il riferimento ad attività di riparametrazione (si vedano in tal senso l'articolo 20, comma 6, e l'articolo 21, comma 3, dello schema sottoposto a parere) risulta del tutto inammissibile se volto a conferire al sistema una qualche "autonomia decisionale" o uno spazio tecnico-discrezionale che devono invece essere riservati agli organi della stazione appaltante.

Nelle sole procedure di affidamento aggiudicate secondo il criterio del prezzo più basso – ove possono essere eseguite in modo automatizzato, senza esercizio di potere discrezionale da parte del seggio di gara, sia la determinazione della soglia di anomalia dell'offerta economica sia l'elencazione dei ribassi d'asta (dal minore al maggiore) – meglio potranno essere sfruttate le potenzialità del sistema telematico, rimanendo sempre fermamente escluso che quest'ultimo possa sostituirsi nella verifica delle offerte sospettate di anomalia.

Occorre, inoltre, considerare che l'attuale formulazione del regolamento non valorizza il dato normativo che impone la pubblicità delle sedute al momento dell'apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa, al momento dell'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche (solo per constatare il contenuto), nonché, dopo la valutazione dell'offerta tecnica, al momento dell'apertura delle buste contenenti l'offerta economica. La fase di valutazione delle offerte tecniche, invece, deve avvenire in seduta riservata.

Ciò premesso, è dunque necessario garantire espressamente che l'utilizzo del sistema telematico non comprometta o pregiudichi la normativa primaria di svolgimento della procedura di evidenza pubblica, non si appropri di spazi di discrezionalità tecnica riconosciuti agli organi della stazione appaltante, assicuri il rispetto delle regole di riservatezza delle sedute non pubbliche della commissione giudicatrice e l'osservanza di quelle relative all'accesso agli atti di gara, ai sensi dell'articolo 53 del codice dei contratti pubblici.

Per tali motivi reputa la Sezione necessaria l'integrale riscrittura dei due menzionati articoli anche alla luce di quanto esposto.

2. In subordine, qualora non si voglia procedere alla riscrittura degli articoli in esame, si rappresenta quanto segue.

2.1. Con riguardo all'articolo 20, al comma 1, considerato che la commissione giudicatrice è già organo della stazione appaltante, non occorre procedere alla comunicazione anche a quest'ultima, con conseguente riformulazione del comma nel seguente modo: "La data e l'ora della seduta pubblica in cui si procede all'apertura delle offerte tecniche sono comunicate, tramite il sistema telematico, agli operatori economici ammessi ai sensi dell'articolo 19, comma 6."

2.2. Al comma 2, sostituire "All'apertura delle offerte tecniche" con la frase "Ultimata l'apertura delle offerte tecniche".

2.3. Al comma 3, dopo "di consultare" aggiungere "e valutare", come affermato nella relazione illustrativa.

2.4. Il comma 4 deve essere integralmente eliminato, non potendosi consentire al sistema telematico di procedere alla valutazione delle offerte tecniche.

2.5. Per le ragioni prima esposte, il comma 6 – riferito alla riparametrazione – risulta essere ambiguo perché non è chiaro se al sistema telematico sia attribuito solo il compito di effettuare nuovamente il calcolo (potrebbe dirsi: l'operazione aritmetica) o se possa addirittura essere demandata al sistema stesso, in modo inammissibile, l'attività di riparametrazione. Se ne suggerisce l'eliminazione.

2.6. Al comma 7, sostituire il verbo "permette" con "consente alla stazione appaltante".

2.7. Al comma 8, modificare il richiamo "ai sensi del comma 5" in caso di abrogazione del precedente comma 4; aggiungere una virgola prima di "consentendo".

2.8. Il comma 9 deve essere eliminato, stante l'oscurità della disposizione in esame (la relazione illustrativa nulla dice al riguardo) e tenuto conto altresì del fatto che nessun spazio decisionale può essere riconosciuto al sistema.

3. Con riguardo all'articolo 21, il comma 1 deve essere riformulato nel seguente modo: "La data e l'ora della seduta pubblica in cui si procede all'apertura delle offerte economiche sono comunicate, tramite il sistema telematico, agli operatori economici ammessi ai sensi dell'articolo 20, comma 8."

3.1. Dopo il comma 1, la numerazione dei commi è errata e deve essere interamente riscritta.

3.2. Al comma 2 (erroneamente indicato come 10), dopo il verbo “consulta” aggiungere “e valuta”, come affermato nella relazione illustrativa; sostituire “All’apertura delle offerte economiche” con la frase “Ultimata l’apertura delle offerte economiche”.

3.3. Il comma 3 (erroneamente indicato come comma 2) deve essere interamente riscritto, potendosi ammettere l’utilizzo del sistema telematico per il calcolo della soglia di anomalia e, unicamente per le procedure di affidamento aggiudicate con il criterio del prezzo più basso, per la mera elencazione delle offerte economiche in ordine di ribasso d’asta. È già stato chiarito che nessun spazio decisionale, men che meno discrezionale, può essere attribuito al sistema telematico.

3.4 Con riguardo al comma 4 (erroneamente indicato come comma 3) si rinvia a quanto osservato al punto 2.5 in ambito di articolo 20, comma 6.

3.5. Al comma 6 (erroneamente indicato come comma 5), dopo le parole “per ciascun operatore economico”, riformulare nel seguente modo: “al calcolo totale del punteggio relativo all’offerta tecnica e di quello relativo all’offerta economica e ne registra l’esito”.

#### Articolo 22

1. Al comma 3, sostituire “può trasmettere” con “trasmette”, per evitare il rischio che l’operatore economico possa fornire le giustificazioni senza utilizzare il sistema telematico per la trasmissione delle stesse, e riscrivere il comma come segue: “3. L’operatore economico trasmette le giustificazioni richieste dalla stazione appaltante tramite il sistema telematico”.

2. Al comma 4, sostituire “può comunicare” con “comunica”, per evitare il rischio che la stazione appaltante possa comunicare l’esclusione senza utilizzare il sistema telematico.

#### Articolo 23

1. Eliminare le parole “agli utenti interessati”, non essendo chiaro cosa si intenda con tale espressione.

#### Articolo 24

1. Aggiungere il numero “81” dopo le parole “del medesimo articolo”.

2. Considerato, altresì, che l’attività di verifica dei requisiti di partecipazione deve essere eseguita prima dell’apertura delle offerte tecniche ed economiche, si ritiene opportuno procedere ad una ricollocazione del presente articolo subito dopo l’articolo 19.

#### Articolo 25

1. Al comma 1, per uniformità con il lessico usato negli articoli precedenti, è opportuno sostituire il verbo “permette” con “consente”.

#### Articolo 26

1. Al comma 2, per uniformità con il lessico usato negli articoli precedenti, è opportuno sostituire il verbo “permette” con “consente”.

#### Articolo 27

1. Per uniformità con il lessico usato negli articoli precedenti, è opportuno sostituire il verbo “permette” con “consente”.

2. Nella relazione illustrativa si afferma che, in base all’articolo in esame, il sistema telematico “possa supportare” la redazione del contratto, ma di tale facoltà non vi è traccia nell’articolo in commento; al riguardo si osserva che il contratto non appartiene più alla “documentazione di gara” di cui all’articolo 14, comma 3, del presente regolamento e, pertanto, per l’eventuale supporto alla sua redazione telematica, occorre una specifica previsione nell’articolo in esame.

In ogni caso è indispensabile prevedere espressamente il rispetto dell’articolo 32, comma 14, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, in punto di requisiti formali della stipula del contratto.

#### Articolo 29

Eliminare le parole “e non oltre”.

**P.Q.M.**

Nei termini suesposti è il parere della Sezione.