COMUNE DI GIACCIANO CON BARUCHELLA
Provincia di Rovigo
C.a.p. 45020 Via A. De Gasperi, 58
Tel. 0425/50012 – 50369 Fax. 0425/50560

Prot.n. 6653

A tutti i dipendenti

Alla Giunta

Oggetto: art. 40, comma 2, d. lgs. 50/2016 – acquisti di lavori, servizi e forniture utilizzando mezzi di comunicazione elettronici

Con la presente lo scrivente dott. Giovanni Cirillo, in qualità di segretario comunale, intende rappresentare quanto di seguito riportato.

In via di premessa si richiama la previsione di cui all'art. 40, comma 2, d. lgs. 50/2016, che testualmente recita: *"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"*.

La disposizione sopra richiamata impone in altri termini che, nello svolgimento di tutte le procedure dirette all'aggiudicazione di appalti o concessioni riconducibili all'ambito di applicazione del d. lgs. 50/2016 – comprese le ipotesi di affidamento diretto – le comunicazioni e gli scambi di informazione avvengano mediante l'uso di mezzi di comunicazione elettronica.

In primo luogo si evidenzia che, alla luce del principio *tempus regit actum*, la disposizione in commento va osservata solo per quegli affidamenti avviati successivamente al 18 ottobre 2018, e cioè:

- in caso di affidamento diretto, laddove si sia proceduto *ex* art. 32, comma 2, d. lgs. 50/2016[1], nell'ipotesi in cui la determina di aggiudicazione sia stata adottata successivamente al 18 ottobre 2018;
- in tutti gli altri casi quando la determina a contrarre, quale atto introduttivo della procedura di evidenza pubblica[2], sia stata adottata dopo il 18 ottobre 2018

[1] L'art. 32, comma 2, d. lgs. 50/2016, secondo periodo, esonera le stazioni appaltanti dall'obbligo di adozione della determina a contrarre nei casi di affidamento diretto *("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").*

Perché poi la disposizione in esame possa considerarsi osservata, in attesa di orientamenti giurisprudenziali chiarificatori, si può precisare quanto segue.

Da un punto di vista fattuale, in linea di massima e ferme restando discipline particolari[3], il Comune, prima del 18 ottobre 2018, in presenza della necessità di procedere all'aggiudicazione di una commessa pubblica, di regola procedeva in quattro diverse forme:

- facendo ricorso al MEPA, in particolare per quanto riguardava gli acquisti di beni e servizi di importo inferiore alla soglia comunitaria, essendo invero vigente un vero e proprio obbligo, e fermo restando che il MEPA era utilizzabile anche per alcune categorie di lavori;
- per gli acquisti di beni e servizi di importo inferiore ad EURO 1.000,00, per tutti gli acquisti di importo inferiore ad EURO 40.000,00 nei casi in cui non si rinvenisse alcun riferimento all'interno del MEPA e comunque in assenza di uno specifico obbligo fuori da esso, tramite affidamento diretto nel rispetto della normativa di cui all'art. 36, comma 2, lett. a, d. lgs. 50/2016;
- per i lavori, i servizi e le forniture di importo superiore ad EURO 40.000,00 tramite ricorso alla CUC cui il Comune ancora oggi aderisce e nel rispetto della normativa delineata dal d. lgs. 50/2016 (codice dei contratti pubblici) e dall'art. 1, comma 450, l. 296/2006.

Nel contesto attuale pare opportuno in primo luogo specificare che, come recentemente precisato dall'ANAC[4], l'art. 40, comma 2, d. lgs. 50/2016, non trova applicazione per gli acquisti di importo inferiore ad EURO 1.000,00.

Oltre alla predetta soglia non sussistono dubbi di sorta circa la riconducibilità all'art. 40, comma 2, d. lgs. 50/2016, degli acquisti di beni e servizi effettuati tramite MEPA: si consiglia infatti di fare ricorso al MEPA anche al di fuori dei casi nei quali si rinviene uno specifico obbligo, e cioè quando si tratta di aggiudicare lavori.

Come l'art. 40, comma 2, d.

Laddove poi sia impossibile utilizzare il MEPA o comunque altri strumenti messi a disposizione dalle pubbliche amministrazioni – per esempio CONSIP – si rende necessario percorrere una delle seguenti strade, tra loro non alternative:

1. **utilizzare, sia per la richiesta di preventivi, sia per comunicare le aggiudicazioni o comunque gli atti endoprocedimentali gli strumenti della pec e del documento digitale (file sottoscritto con**

---

[2] L'art. 32, comma 2, d. lgs. 50/2016, primo periodo, recita espressamente *"Prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, le stazioni appaltanti, in conformità ai propri ordinamenti, decretano o determinano di contrarre ..."*

[3] Si pensi alla normativa concernente l'acquisto di apparecchiature informatiche (Art. 1, commi 512 e ss., l. 208/2015) o anche agli obblighi di ricorso a CONSIP di cui al DPCM 11 luglio 2018.

[4] *ANAC: Indicazioni alle stazioni appaltanti sull'applicabilità dell'art.40, comma 2, del Codice dei contratti pubblici agli acquisti di importo inferiore a 1.000 euro*
Comunicato del Presidente del 30 ottobre 2018
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.

firma digitale) che, alla luce delle definizioni contenute nel CAD (d. lgs. 82/2005), possono essere annoverati tra i mezzi di comunicazione elettronici[5];

2. **aderire ad un'apposita piattaforma da utilizzare per l'aggiudicazione della commessa pubblica.**

È infine evidente che non vengono in rilievo questioni laddove si debba ricorrere alla CUC cui il Comune aderisce.

Pare infine opportuno evidenziare che la violazione della predetta disposizione, dal punto di vista patologico, è causa di illegittimità e non già di nullità del provvedimento amministrativo.

Si invitano i dipendenti ad osservare le regole sopra descritte.

Giacciano con Baruchella, lì 15 novembre 2018

Il Segretario Comunale

Dott. Giovanni Cirillo

[5] Si richiamano nell'ordine le seguenti definizioni contenute nell'art. 1 , comma 1, d. lgs. 82/2005: posta elettronica certificata quale *sistema di comunicazione in grado di attestare l'invio e l'avvenuta consegna di un messaggio di posta elettronica e di fornire ricevute opponibili ai terzi;* documento informatico cioè *documento elettronico che contiene la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti*; firma digitale cioè *particolare tipo di firma qualificata basata su un su un sistema di chiavi crittografiche, una pubblica e una privata, correlate tra loro, che consente al titolare di firma elettronica tramite la chiave privata e a un soggetto terzo tramite la chiave pubblica, rispettivamente, di rendere manifesta e di verificare la provenienza e l'integrità di un documento informatico o di un insieme di documenti informatici.*