



COMUNE DI SALARA

Provincia di Rovigo

Via Roma, 133 – 45030 SALARA P.I. e C.F. 00200810299
Tel. 0425-705116 - Fax- 0425-705279

Oggetto: Art. 40, comma 2, d. lgs. 50/2016 – Istruzioni operative

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 elettronica"*.

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 dovrà essere osservata solo per quegli affidamenti avviati successivamente al 18 ottobre 2018, e cioè:

- in caso di affidamento diretto, laddove si proceda ex art. 32, comma 2, d. lgs. 50/2016¹, 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 pubblica², è adottata dopo il 18 ottobre 2018

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 particolari³, il Comune, laddove debba aggiudicare una commessa pubblica, di regola procede in quattro diverse forme:

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"*).

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.

- facendo ricorso al MEPA, in particolare per quanto riguarda gli acquisti di beni e servizi di importo inferiore alla soglia comunitaria, per i quali si rinvia un vero e proprio obbligo, e fermo restando che il MEPA è 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 rinvenga alcun riferimento all'interno dello stesso e comunque in assenza di uno specifico obbligo fuori dal MEPA, tramite affidamento diretto nel rispetto della normativa di cui all'art. 36, comma 2, lett. a, d. lgs. 50/2016;
- per quanto riguarda i lavori di importo compreso tra EURO 40.000,00 ed EURO 150.000,00, laddove non si voglia considerare il MEPA, tramite procedura negoziata senza pubblicazione del bando, nel rispetto della normativa di cui all'art. 36, comma 2, lett. b;
- in ogni caso tramite ricorso alla SUA Polesine laddove sia necessario aggiudicare beni o servizi di importo superiore ad EURO 40.000,00 o lavori di importo superiore ad EURO 150.000,00.

Nel contesto sopra descritto pare opportuno in primo luogo ribadire che 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 rinvia uno specifico obbligo, e cioè per gli affidamenti di importo inferiore ad EURO 1.000,00 e quando si tratta di aggiudicare lavori.

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 firma digitale) che, alla luce delle definizioni contenute nel CAD (d. lgs. 82/2005), possono essere annoverati tra i mezzi di comunicazione elettronici⁴;**
- 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 SUA istituita presso la Provincia di Rovigo.

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.

IL SEGRETARIO COMUNALE
Dott. Giovanni Cirillo

⁴ 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 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.*