

Aeronautica Militare

AG 9/2011

9 giugno 2011

Oggetto: richiesta di parere, ai sensi del Regolamento interno sulla istruttoria dei quesiti giuridici, presentata dall'Aeronautica Militare, Comando Logistico, Servizio infrastrutture - utilizzo della posta elettronica certificata per le comunicazioni di cui all'art. 79 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 7 febbraio 2011, acquisita al protocollo dell'Autorità n. 13497, si comunica che il Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 7 e 9 giugno 2011 ha approvato le seguenti considerazioni.

Appare opportuno, preliminarmente, chiarire chela richiesta di parere verte sulla possibilità di utilizzare sistemi elettronici di comunicazione, quali la pec, all'interno di procedure ad evidenza pubblica "tradizionali" e non nell'ambito di strumenti di negoziazione elettronica quali aste elettroniche al ribasso, sistemi dinamici di acquisizione, mercato elettronico. Le comunicazioni di cui all'art. 79 del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (di seguito, anche, Codice) comprendono (a titolo esemplificativo e non esaustivo): la conclusione di un accordo quadro, l'aggiudicazione di un appalto, l'ammissione in un sistema dinamico di acquisizione, l'aggiudicazione definitiva, l'esclusione dalla procedure, la decisione di non aggiudicare un appalto, la data di avvenuta stipulazione di un contratto.

In base a quanto disposto dall'art. 77 del Codice, commi primo e secondo: "Tutte le comunicazioni e tutti gli scambi di informazioni tra stazioni appaltanti e operatori economici possono avvenire, a scelta delle stazioni appaltanti, mediante posta, mediante fax, per via elettronica ai sensi dei commi 5 e 6, per telefono nei casi e alle condizioni di cui al comma 7, o mediante una combinazione di tali mezzi. Il mezzo o i mezzi di comunicazione prescelti devono essere indicati nel bando o, ove manchi il bando, nell'invito alla procedura. Il mezzo di comunicazione scelto deve essere comunemente disponibile, in modo da non limitare l'accesso degli operatori economici alla procedura di aggiudicazione." In base al comma 5, inoltre, "quando le stazioni appaltanti chiedano o acconsentano alle comunicazioni per via elettronica, gli strumenti da utilizzare per comunicare per via elettronica, nonché le relative caratteristiche tecniche, devono essere di carattere non discriminatorio, comunemente disponibili al pubblico e compatibili con i prodotti della tecnologia dell'informazione e della comunicazione generalmente in uso. Le stazioni appaltanti che siano soggetti tenuti all'osservanza del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82 (codice dell'amministrazione digitale), operano nel rispetto delle previsioni di tali atti legislativi e successive modificazioni, e delle relative norme di attuazione ed esecuzione. In particolare, gli scambi di comunicazioni tra amministrazioni aggiudicatrici e operatori economici deve avvenire tramite posta elettronica certificata, ai sensi dell'articolo 48, del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, del decreto del Presidente della Repubblica 11 febbraio 2005, n. 68 e del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445".

Nel caso in cui la pec venisse considerata strumento non discriminatorio e comunemente disponibile, il combinato disposto delle disposizioni riportate ne consentirebbe l'utilizzo esclusivo, quantomeno al fine di realizzare le comunicazioni di cui all'art. 79.

Tale interpretazione, del resto, è confermata anche dalla lettura di altre disposizioni del Codice. Si veda l'art. 253, co. 12, secondo cui "ai fini dell'applicazione dell'articolo 77, per un periodo transitorio di tre anni dalla data di entrata in vigore del presente codice, le stazioni appaltanti non richiedono agli operatori economici l'utilizzo degli strumenti elettronici quale mezzo esclusivo di comunicazione, salvo nel caso di ricorso all'asta elettronica e di procedura di gara interamente gestita con sistemi telematici" (il termine previsto è spirato il 12 giugno 2009).

Inoltre, più di recente, l'art. 79, co. 5 bis (introdotto dal d. lgs. 20 marzo 2010, n. 53), ha previsto che: "le comunicazioni di cui al comma 5 sono fatte per iscritto, con lettera raccomandata con avviso di ricevimento o mediante notificazione o mediante posta elettronica certificata ovvero mediante fax, se l'utilizzo di quest'ultimo mezzo è espressamente autorizzato dal concorrente, al domicilio eletto o all'indirizzo di posta elettronica o al numero di fax indicato dal destinatario in sede di candidatura o di offerta." Vale la pena di sottolineare al riguardo che, a differenza dello strumento del fax, la pec è pienamente equiparata alla posta raccomandata e alla notificazione (si veda, in tal senso, anche l'art. 77, co. 7, lett. b e c).

Secondo l'art. 79, co. 5 quinquies, infine, "Il bando o l'avviso con cui si indice la gara o l'invito nelle procedure senza bando fissano l'obbligo del candidato o concorrente di indicare, all'atto di presentazione della candidatura o dell'offerta, il domicilio eletto per le comunicazioni; il bando o l'avviso possono altresì obbligare il candidato o concorrente a indicare l'indirizzo di posta elettronica o il numero di fax al fine dell'invio delle comunicazioni".

Resta da chiarire, quindi, se la pec possa essere considerata uno strumento di comunicazione non

discriminatorio e comunemente disponibile. Giova in merito ricordare che l'art. 16, comma 6 del d.l. 29 novembre 2008 n. 185, convertito dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2, prevede che la comunicazione dell'indirizzo pec al registro delle imprese è obbligatoria per le imprese costituite in forma societaria di nuova costituzione, mentre quelle già costituite hanno tempo per adempiere sino al 29 novembre 2011. Per quanto riguarda i professionisti iscritti in albi ed elenchi istituiti con legge dello Stato, tale termine è già scaduto al 29 novembre 2009.

In considerazione di quest'ultima disposizione legislativa questa Autorità, in due precedenti pronunce (Parere di Precontenzioso del 9 febbraio 2011, n. 23 e Parere di Precontenzioso del 7 aprile 2011, n. 64), conformandosi con la più recente giurisprudenza (cfr. Tar Puglia - Lecce, sentenza 13 gennaio 2011, n. 15) ha ritenuto che, almeno fino allo spirare del termine assegnato alle imprese già costituite per dotarsi di indirizzo pec (29 novembre 2011), non è consentito alle stazioni appaltanti di richiedere, a pena di esclusione, questo mezzo di comunicazione come esclusivo, in quanto non ancora generalizzato.

Atteso il richiamato orientamento dell'Autorità, dal quale non vi è motivo di discostarsi, si rappresenta la necessità di attendere lo scadere del termine suindicato al fine di disporre nei bandi di gara che le comunicazioni tra la stazione appaltante e gli operatori economici avvengano in via esclusiva attraverso la posta elettronica certificata, a pena di esclusione.

Avv. Giuseppe Busia