AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE

DELIBERA N. 308
13 giugno 2023

Oggetto

Parere concernente il «Regolamento recante le direttive generali per disciplinare le procedure di scelta del contraente e l'esecuzione del contratto da svolgersi all'estero, ai sensi dell'articolo 13, comma 14, del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36»

Visto

Vista la nota del Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale assunta al protocollo dell'Autorità n. 42697 del 05.06.2023 attraverso la quale il predetto Ministero ha trasmesso, per l'acquisizione del parere, lo schema di regolamento ministeriale con cui si apportano modifiche al regolamento sui contratti da stipulare ed eseguire all'estero di cui al decreto 2 novembre 2017 n. 192 del Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale;

Visto il decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 e successive modificazioni;

Visto lo schema di regolamento contenenti «Modifiche ai decreti del Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale 2 novembre 2017, n. 192, recante "Regolamento recante le direttive generali per disciplinare le procedure di scelta del contraente e l'esecuzione del contratto da svolgersi all'estero", e 15 settembre 2022, n. 188, recante "Regolamento recante norme e criteri per la ripartizione degli incentivi per le funzioni tecniche del personale del Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale a norma dell'articolo 113 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50" ai sensi degli articoli 13, comma 4 e 45, del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36»;

Visto il decreto 2 novembre 2017 n. 192 del Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale (Regolamento recante le direttive generali per disciplinare le procedure di scelta del contraente e l'esecuzione del contratto da svolgersi all'estero, ai sensi dell'articolo 1, comma 7, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50);

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nell'adunanza del 13 giugno 2023

Delibera

di esprimere le seguenti considerazioni in merito allo schema di regolamento trasmesso relativo alle «Modifiche ai decreti del Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale 2 novembre 2017, n. 192, recante "Regolamento recante le direttive generali per disciplinare le procedure di scelta del contraente e l'esecuzione del contratto da svolgersi all'estero", e 15 settembre 2022, n. 188, recante

"Regolamento recante norme e criteri per la ripartizione degli incentivi per le funzioni tecniche del personale del Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale a norma dell'articolo 113 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50" ai sensi degli articoli 13, comma 4 e 45, del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36».

Lo schema di regolamento trasmesso alla scrivente Autorità si sostanzia in un adeguamento del precedente decreto del 2 novembre 2017, n. 192 al nuovo quadro legislativo determinatosi a seguito dall'entrata in vigore del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, le cui disposizioni acquisteranno efficacia a partire dal 1° luglio 2023.

Nel dettaglio, un intervento nella materia già interessata dal D.M. n. 192/2017 si rende necessario in virtù della previsione di cui all'articolo 13, comma 4, del decreto legislativo n. 36 del 2023, ove è stabilito che le procedure di scelta del contraente e l'esecuzione del contratto da svolgersi all'estero, sono disciplinate con Regolamento del Ministero degli affari Esteri e della cooperazione internazionale, sentita l'Autorità nazionale anticorruzione, tenendo conto dei principi fondamentali di cui al nuovo codice e delle procedure applicate dall'Unione Europea e dalle organizzazioni internazionali di cui l'Italia è parte.

In quest'ottica, anche il legislatore del 2023 replica la scelta effettuata all'interno del precedente decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 di rinviare ad un regolamento la disciplina di dettaglio per gli affidamenti dei contratti da eseguire all'estero, regolamento che, quindi, costituisce fonte speciale. Ciò si spiega in considerazione delle peculiari condizioni in cui operano il Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale e le sue articolazioni e, in particolare, alcune circostanze quali il fatto che i contratti da eseguirsi all'estero devono necessariamente rispettare l'ordinamento locale, poiché sono eseguiti in un Paese straniero in cui lo Stato italiano è carente di poteri autoritativi, la sottoposizione alla giurisdizione locale, le medie-piccole dimensioni degli uffici all'estero ove vengono svolte poche procedure di affidamento, prevalentemente sotto le soglie di rilevanza comunitaria.

Il regolamento, dunque, ha l'obiettivo di tener conto delle descritte peculiarità disciplinando l'affidamento e la gestione delle diverse forme contrattuali pubbliche, scegliendo tra quelle maggiormente rispondenti alle esigenze degli interventi all'estero, anche in materia di cooperazione allo sviluppo, in armonia con le disposizioni legislative nazionali ed internazionali e con la prassi consolidata in materia.

Si rilevano le seguenti osservazioni, con riferimento agli aspetti di seguito specificati:

Aggregazione della domanda, professionalizzazione e digitalizzazione delle procedure di affidamento

Lo schema di regolamento trasmesso consta di un unico articolo declinato in vari commi attraverso cui si innestano delle modifiche al decreto n. 192/2017 alla luce del nuovo quadro normativo di riferimento di cui al predetto decreto legislativo n. 36 del 2023.

Nondimeno, giova rilevare che, anche per la tecnica legislativa utilizzata, non sembra che sia stato colto lo spirito ispiratore del decreto legislativo n. 36 del 2023 e, in particolare, alcuni dei suoi pilastri.

Ed infatti, l'impianto del nuovo codice è basato sulla digitalizzazione completa delle procedure di acquisto fino all'esecuzione dei contratti, la quale digitalizzazione è fondata sulla acquisizione di dati e sulla creazione di documenti nativi digitali attraverso piattaforme digitali. In questo senso, l'obiettivo cui il nuovo codice ambisce è lo svolgimento di tutte le attività su piattaforme telematiche "certificate" sì da determinare la interoperabilità dei servizi svolti e la confluenza delle informazioni su un'unica banca dati

(la Banca dati nazionale dei contratti pubblici) che diventa, quindi, il collettore nazionale per gli appalti, anche ai fini dello svolgimento di una serie di adempimenti, quali la realizzazione della pubblicità legale o degli obblighi di pubblicazione in materia di trasparenza (articoli 27 e 28 del decreto legislativo n. 36 del 2023).

In questo senso, la piena realizzazione degli obiettivi di semplificazione nonché l'attuazione dei principi innovativi enunciati dal nuovo codice (quali quello della fiducia e del risultato) presuppongono non solo l'implementazione dell'*e-procurement* ma anche l'effettiva qualificazione delle stazioni appaltanti.

Quest'ultimo è l'ulteriore aspetto cardine del nuovo codice, il quale detta una disciplina di dettaglio circa l'aggregazione e la centralizzazione delle committenze agli articoli 62 e 63, ciò non solo per conseguire una riduzione numerica delle stazioni appaltanti ma anche per potenziare la specializzazione del personale operante nelle stesse e, quindi, addivenire ad una sua professionalizzazione.

I descritti profili della digitalizzazione, della aggregazione della domanda e della professionalizzazione delle stazioni appaltanti non sembrano colti e trasfusi all'interno dello schema di regolamento trasmesso, poiché, come detto, le modifiche apportate si sostanziano solamente in alcuni innesti che recepiscono taluni aspetti del nuovo codice.

Ad esempio, circa la centralizzazione delle committenze, lo schema di regolamento all'articolo 1, comma 1, lettera e) estende le competenze di ciascuna sede estera all'affidamento dei contratti di concessione, senza al contempo intervenire nel senso della professionalizzazione del personale delle stesse sedi estere. In merito a questo profilo, si ricorda che il nuovo codice all'Allegato II.4 richiede dei livelli di qualificazione più elevati rispetto a quello base per l'affidamento e l'esecuzione dei contratti di concessione e di partenariato pubblico privato di qualsiasi importo, oltre che la presenza di un soggetto che abbia una esperienza di tre anni nella gestione dei piani economici e finanziari e dei rischi.

Inoltre, stante la centralità assunta dalla aggregazione della domanda all'interno del nuovo articolato del codice, anche le ipotesi già contemplate dall'articolo 3 del D.M. n. 192/2017 potevano essere incise dal nuovo regolamento nel senso di un loro ampliamento. Peraltro, vista la problematica della scarsa presenza di personale nelle sedi estere (che si riscontra come *ratio* sottesa ad alcune delle modifiche apportate, ad esempio, in relazione alla scelta del RUP o dei membri della Commissione giudicatrice), si sarebbe potuto agire verso la valorizzazione di acquisti di determinati servizi e beni centralizzati in strutture presenti in Italia.

La soluzione appena descritta potrebbe essere valorizzata per risolvere alcune criticità che sono state segnalate alla scrivente Autorità in relazione alla conseguenze della mancata centralizzazione e professionalizzazione delle risorse dedicate per alcuni servizi quali, ad esempio, le procedure di gara per l'esternalizzazione di servizi relativi allo svolgimento di attività ausiliarie al rilascio di visti di ingresso in Italia. Nel dettaglio, sono state segnalate la scarsa esperienza delle risorse che compongono le commissioni giudicatrici dislocate presso le differenti missioni, allo svolgimento delle procedure di affidamento presso le singole sede consolari, con i bandi pubblicati esclusivamente nel sito di dette sedi. Viceversa, l'aggregazione delle procedure di scelta dell'affidatario per aree geografiche omogenee, una certa professionalizzazione delle strutture dedicate alla centralizzazione e la pubblicità su siti facilmente accessibili agli operatori economici, quali la Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee o il sito dell'Autorità, che, come illustrato più avanti, sarà obbligatorio per la pubblicità a livello nazionale dal prossimo 1°

gennaio, potrebbero costituire delle valide opzioni percorribili per incrementare la concorrenza e migliorare la qualità dei servizi resi.

Con riferimento alla professionalizzazione, una ulteriore criticità si rinviene nella disposizione dell'articolo 1, comma 1, lettera g) attraverso cui è stato introdotto nel regolamento l'articolo 3-*bis.* La disposizione recepisce, con i necessari adeguamenti, quanto previsto dall'articolo 41 del codice circa la fase di progettazione in materia di lavori pubblici, incaricando la sede estera di competenze per cui non può avere la qualifica. In generale, si rileva che non sembra siano state introdotte delle modifiche atte a garantire la professionalizzazione delle figure (*in primis* del RUP) che devono gestire l'intero ciclo del contratto, contrariamente a quanto previsto a livello nazionale dal legislatore.

Circa invece la digitalizzazione, un accenno a questo aspetto si rinviene solamente all'interno dell'articolo 1, comma 1, lettera r) di introduzione del comma 2-*bis* nell'articolo 12 laddove si prevede che la commissione giudicatrice possa operare attraverso una piattaforma di approvvigionamento digitale per la valutazione della documentazione di gara e delle offerte dei partecipanti. La disposizione è formulata nel senso di una facoltà rimessa alla commissione, contrariamente a quanto previsto dall'articolo 93, comma 4 del codice. Come detto, invece, nulla si stabilisce sull'utilizzo delle piattaforme per le altre fasi del ciclo di vita del contratto.

Fatte queste considerazioni in merito al mancato adeguamento dello schema di regolamento a quelli che sono i due pilastri della digitalizzazione e della qualificazione/professionalizzazione sottesi al nuovo codice, si rappresentano alcune puntuali criticità su alcuni profili dell'articolato.

Modifiche introdotte all'articolo 2

Nel dettaglio, in merito ai rimandi effettuati ai principi introdotti dall'articolo 1, comma 1, lettera d), si osserva che non è stato richiamato il comma 2 dell'articolo 8 del codice, il quale è stato introdotto in attuazione del criterio direttivo di cui all'articolo 1, comma 2, della lettera l) della legge delega 21 giugno 2022, n. 78 «divieto di prestazione gratuita dell'attività professionale, salvo che in casi eccezionali e previa motivazione»: una generalizzata esclusione del contratto gratuito, specie se economicamente interessato, sarebbe, infatti, da considerarsi di dubbia compatibilità costituzionale e di dichiarata incompatibilità con il diritto dell'Unione Europea. La relazione illustrativa allegata allo schema di regolamento non dà conto della motivazione sottesa al mancato richiamo del comma 2.

Parimenti, in applicazione del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale, non viene prevista alcuna concretizzazione delle disposizioni di cui agli articoli 60 e 120 del codice, anch'esse attuative dei criteri direttivi della legge delega.

In relazione al punto 2 dell'articolo 1, comma 1, lettera d) citato, non si comprendono le ragioni alla base dell'esclusione dell'articolo 11, comma 6, secondo periodo, del codice.

Modifiche apportate all'articolo 7

Con riferimento alle modifiche apportate all'articolo 7 del regolamento dall'articolo 1, comma 1, lettera m), si osserva che non sembra che le ragioni di semplicità addotte nella relazione illustrativa siano idonee a giustificare una procedura più rigorosa rispetto a quella del codice per quanto riguarda la previsione di una unica soglia massima per l'affidamento diretto.

Peraltro, sembra assente una trasposizione di quanto previsto dall'articolo 187 del codice per i contratti di concessione di importo inferiore alla soglia europea.

Circa la pubblicità degli atti di gara, lo schema di regolamento non interviene sull'articolato al fine di adattarlo alle disposizioni del codice che prevedono che la pubblicità degli atti sia garantita dalla Banca dati nazionale dei contratti pubblici. Nondimeno, visto che il comma 5 dell'articolo 7 del D.M. n. 192/2017 stabilisce tutti gli avvisi e i bandi sono pubblicati sul sito della sede estera e sul sito della relativa amministrazione centrale, a far data dal 1° gennaio 2024, dovrebbe trovare applicazione l'articolo 27 nonché quanto previsto dagli articoli 84 e 85, ove compatibili. Di conseguenza, per la pubblicazione della documentazione di gara sulla Banca dati nazionale dei contratti pubblici dell'ANAC si utilizzerà la lingua italiana. Al riguardo, si rappresenta che i bandi pubblicati dall'Italia, anche nelle sue articolazioni estere, che si rivolgono ad organismi multinazionali potrebbero opportunamente essere inviati per la pubblicazione sul TED anche nell'ottica di risolvere, da un lato, le difficoltà segnalate da alcuni operatori del mercato nel monitoraggio delle gare dovute alla non omogeneità dei siti internet in cui le informazioni vengono pubblicate e, dall'altro lato, garantirebbe una maggiore trasparenza e partecipazione degli operatori economici visto che l'assenza della documentazione di gara non consente di conoscere le scadenze dei precedenti contratti.

In generale, ed anche sulla base dell'esperienza maturata dall'Autorità nell'esercizio della vigilanza collaborativa nel settore, si ricorda che i bandi dovrebbero prevedere una adeguata suddivisione in lotti, anche attraverso il limite al numero di lotti aggiudicabili da unico concorrente, e altresì il massimo ampliamento dei requisiti richiesti e ciò al fine di favorire la più ampia partecipazione, anche di operatori economici di medie e piccole dimensioni.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio il 6 luglio 2023

Il Segretario verbalizzante

Laura Mascali

Originale firmato digitalmente