

UFFICIO STUDI CODAU

"Documento redatto con il contributo dei componenti dell'Ufficio Studi e validato dal Comitato Scientifico del Codau"

Nota relativa all'applicazione agli Atenei dell'art. 37 del d.lgs 14 marzo 2013, n. 33

Il decreto legislativo n. 33/2013, intitolato "Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni", pubblicato sulla GU n. 80 del 5 aprile 2013 e in vigore dal 20 aprile successivo, riordina complessivamente i numerosi obblighi informativi a carico degli enti pubblici che si sono susseguiti nel corso degli ultimi anni attraverso numerose disposizioni normative. L'ambito disciplinare in cui si inserisce il decreto è pertanto particolarmente complesso anche in considerazione della portata applicativa sia in senso soggettivo che oggettivo ma certamente va riconosciuto a questo intervento del legislatore il pregio di aver fatto chiarezza e creato ordine in un settore rimasto fino a quel momento oggetto di interventi non coordinati e non finalizzati ad un obiettivo comune.

La norma in oggetto è peraltro strettamente e conseguentemente collegata alle disposizioni introdotte dalla legge 6 novembre 2012, n. 190, "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione, pubblicata nella Gazz. Uff. 13 novembre 2012, n. 265", di cui rappresenta uno degli strumenti attuativi seppur non esclusivo, sulla base della delega di cui all'art. 1, comma 35 della stessa legge.

L'art. 1, comma 15 della legge 190/2012, nell'affermare il principio in base al quale la trasparenza dell'attività amministrativa costituisce livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti sociali e civili, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera m) della Costituzione (in linea con quanto previsto dall'art. 11 del d.lgs 150/2009), prevede che essa venga garantita tramite la pubblicazione nei siti web di ogni singola amministrazione delle informazioni relative ai procedimenti amministrativi, con caratteristiche di facile accessibilità, completezza e semplicità di consultazione pur nel rispetto delle disposizioni in materia di segreto di Stato, di segreto d'ufficio e di protezione dei dati personali.

Il successivo comma 16 precisa che i livelli essenziali delle prestazioni sono garantiti con particolare riferimento ad alcune tipologie di procedimenti tra cui quelli individuati alla lettera b) - scelta del contraente per l'affidamento di lavori, forniture e servizi - anche con riferimento alla modalità di selezione prescelta ai sensi del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al [decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163](#).

Il comma 32, richiamando i procedimenti della lettera b) prevede l'obbligo di pubblicazione nei propri siti web da parte delle stazioni appaltanti degli elementi specifici quali:

- la struttura proponente;
- l'oggetto del bando;
- l'elenco degli operatori invitati a presentare offerte;
- l'aggiudicatario;
- l'importo di aggiudicazione;
- i tempi di completamento dell'opera, servizio o fornitura;

- l'importo delle somme liquidate

Entro il 31 gennaio di ogni anno, tali informazioni, relativamente all'anno precedente, sono pubblicate in tabelle riassuntive rese liberamente scaricabili in un formato digitale standard aperto che consenta di analizzare e rielaborare, anche a fini statistici, i dati informatici. Le amministrazioni trasmettono in formato digitale tali informazioni all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (AVCP), che le pubblica nel proprio sito web in una sezione liberamente consultabile da tutti i cittadini, catalogate in base alla tipologia di stazione appaltante e per regione. L'Autorità individua con propria deliberazione le informazioni rilevanti e le relative modalità di trasmissione. Entro il 30 aprile di ciascun anno, l'AVCP trasmette alla Corte dei conti l'elenco delle amministrazioni che hanno omesso di trasmettere e pubblicare, in tutto o in parte, le informazioni di cui del comma 32 in formato digitale standard aperto. Si applica l'articolo 6, comma 11, del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 ^[1].

La mancata o incompleta pubblicazione, da parte delle pubbliche amministrazioni, delle informazioni precedenti costituisce violazione degli standard qualitativi ed economici ai sensi dell'articolo 1, comma 1, del decreto legislativo 20 dicembre 2009, n. 198, ed è comunque valutata ai sensi dell'articolo 21 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni. Eventuali ritardi nell'aggiornamento dei contenuti sugli strumenti informatici sono sanzionati a carico dei responsabili del servizio.

Inoltre il comma 34 stabilisce che le suddette disposizioni si applicano alle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, agli enti pubblici nazionali, nonché alle società partecipate dalle amministrazioni pubbliche e dalle loro controllate, ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea.

L'art. 37 del d.lgs 33/2013, intitolato "Obblighi di pubblicazione concernenti i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture", costituisce attuazione sul piano della trasparenza di quanto descritto nei passaggi precedenti e prevede che, fermi restando gli altri obblighi di pubblicità legale e, in particolare, quelli già esaminati previsti dalla legge n. 190/2013, ciascuna amministrazione pubblica, secondo quanto previsto dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e, in particolare, dagli articoli 63, 65, 66, 122, 124, 206 e 223 (avviso di preinformazione, avviso sui risultati delle procedure di affidamento, modalità di pubblicazione degli avvisi e dei bandi, contratti di lavoro sotto soglia, appalti di servizi e forniture sotto soglia, contratti di rilevanza comunitaria, avvisi periodici indicativi e avvisi sull'esistenza di un sistema di qualificazione) le informazioni relative alle procedure per l'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture.

L'obbligo di pubblicazione vige peraltro anche, nell'ipotesi di cui all'articolo 57, comma 6, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (individuazione degli operatori economici da invitare nell'ambito delle procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando), per la delibera a contrarre.

Si tratta indubbiamente di obblighi preesistenti, in quanto risalenti al codice degli appalti pubblici, che sono state sistematizzate all'interno di un insieme di regole omogenee (d.lgs 33/2013). Lo stesso d.lgs 33/2013 all'art. 23 prescrive che "la P.A. pubblica e aggiorna ogni sei mesi, in distinte partizioni della sezione "Amministrazione Trasparenza" gli elenchi dei provvedimenti adottati dagli organi politici e dai dirigenti con particolare riferimento ai provvedimenti di scelta del Contraente per l'affidamento di lavori, forniture e servizi, del D.lgs. 12 aprile 2006 n. 163.

L'art. 38 prescrive altresì che: "Le pubbliche amministrazioni pubblicano tempestivamente sui propri siti istituzionali: i documenti di programmazione anche pluriennale delle opere pubbliche di competenza dell'amministrazione".

La delibera n. 50/2013 della Commissione indipendente per la valutazione, l'integrità e la trasparenza delle amministrazioni pubbliche - CiVIT (ora ANAC), elenca nell'allegato 1, l'elenco dettagliato delle informazioni da pubblicare ponendo quali riferimenti normativi proprio il comma 32 della legge 190/2012, l'art. 37 del d.lgs 33/2013 e la delibera n. 26/2013 dell'AVCP.

Allo stesso modo è utile ricordare le disposizioni contenute nel D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, recante il “Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163”, nelle quali vengono dettate ulteriori norme in materia di pubblicità:

- art. 7 Sito informatico presso l’Osservatorio;
- art. 110 Disposizioni in materia di pubblicazione degli avvisi e dei bandi;
- art. 261 Disposizioni generali in materia di affidamento dei servizi attinenti all’architettura e all’ingegneria;
- art. 267 Affidamento dei servizi di importo inferiore a 100.000 euro;
- art. 331 Pubblicità e comunicazioni;
- art. 332 Affidamenti in economia;
- art. 341 Appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria (norme applicabili agli appalti dei settori speciali).

Una prima considerazione, alla luce delle suddette disposizioni, può pertanto riferirsi al fatto che, in attuazione del D.Lgs. 33/2013, le stazioni appaltanti sono tenute a pubblicare nella sezione “Amministrazione trasparente” dei propri siti istituzionali “esclusivamente” quanto disposto dall’art. 1, comma 32, della Legge n. 190/2012 richiamato dall’articolo 37 del D.lgs. 33 /2013 ai fini degli adempimenti previsti per la trasparenza.

Un ulteriore aspetto non definito dalla norma concerne l’estensione o meno dell’obbligo di pubblicazione sul profilo del committente dell’avviso di post-informazione di tutte le procedure di acquisto in economia di lavori, forniture e servizi.

A tal fine, occorre rilevare che l’art. 125, comma 8 del D.Lgs 12 aprile 2006 n. 163 prescrive che: *Per lavori di importo pari o superiore a 40.000 euro e fino a 200.000 euro, l'affidamento mediante cottimo fiduciario avviene nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei, individuati sulla base di indagini di mercato ovvero tramite elenchi di operatori economici predisposti dalla stazione appaltante. Per lavori di importo inferiore a quarantamila euro è consentito l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento.*

L’art. 3, comma 40, del D. Lgs 12 aprile 2006 n. 163 prescrive che, mentre solo il cottimo fiduciario costituisce procedura negoziata, non costituisce procedura negoziata l’affidamento diretto sotto i 40.000,00 operato con tutte le limitazioni e prescrizioni che discendono dal codice dei contratti (pubblicazione dell’albo fornitori, applicazione del principio di rotazione, etc). Inoltre, l’art. 331 del D.P.R 5 ottobre 2010 n. 207 prescrive che “Le procedure di acquisto in economia di beni e servizi non sono sottoposte agli obblighi di pubblicità e di comunicazione previsti dall’art. 124 del codice dei contratti per gli altri appalti di servizio e forniture sotto soglia, ovvero “Euro 200.000,00”.

L’esito degli affidamenti mediante cottimo fiduciario di cui all’art. 334 (affidamenti di valore compreso tra: Euro 40.000,00 e Euro 200.000,00) è soggetto ad avviso di post-informazione mediante pubblicazione sul profilo del committente mentre si precisa che le norme sopracitate non prevedono l’espreso obbligo di pubblicità per le ipotesi di acquisizione sotto gli Euro 40.000,00.

A supporto della correttezza dell’interpretazione soprariportata, si espongono alcune considerazioni.

- l’interpretazione letterale non prevede alcun obbligo specifico per gli affidamenti operati senza l’esperimento di gara sotto i 40.000,00 Euro. A tal fine, può essere sufficiente evidenziare come essi siano già ampiamente monitorati con la richiesta al sistema SIMOG dell’AVCP dei CIG o degli alternativi SMART CIG.
- nella sezione Amministrazione trasparente sono già ampiamente pubblicati tutti i provvedimenti degli organi di indirizzo politico e dei dirigenti che comportano un provvedimento di spesa e contenenti tutte le notizie richieste ai fini della pubblicità e della trasparenza.

Tale interpretazione deriva, inoltre, dal principio di carattere generale contenuto nella legge fondamentale sul procedimento amministrativo che prescrive la non accoglibilità di tutte quelle proposte che rappresentano un aggravamento procedimentale.

La deliberazione n. 26 del 22 maggio 2013, dell'AVCP, all'art. 4 - *Trasmissione dei dati all'Autorità*, prevede che:
1. Gli obblighi di trasmissione all'Autorità delle informazioni di cui all'art. 1, comma 32 della Legge n. 190/2012, come indicate all'articolo 3 della presente delibera si intendono assolti, per i contratti di importo superiore a 40.000 euro, con l'effettuazione delle comunicazioni telematiche obbligatorie all'Osservatorio dei Contratti Pubblici, ai sensi dell'art. 7, comma 8, del Codice dei Contratti Pubblici.

2. Ai fini della semplificazione dell'azione amministrativa, in sede di prima applicazione, per gli appalti di ambito regionale, gli obblighi di trasmissione all'Autorità, previsti dall'art. 1, comma 32, della legge n. 190/2012, relativi alle fasi di aggiudicazione ed esecuzione, sono assolti mediante le comunicazioni effettuate ai sensi dell'art. 7, comma 8, del Codice dei Contratti Pubblici, all'Osservatorio dei Contratti Pubblici che le pubblica tempestivamente sul Portale Trasparenza.

3. Per i contratti di importo inferiore a 40.000 euro, i soggetti di cui all'articolo 2 sono tenuti ad effettuare sui loro siti web istituzionali la pubblicazione delle informazioni indicate al precedente articolo 3; in fase di prima applicazione, per l'anno 2013, gli obblighi di trasmissione all'Autorità si intendono assolti mediante l'effettuazione delle comunicazioni previste dai sistemi SMART CIG o SIMOG.

Il comunicato del Presidente dell'AVCP del 22 maggio 2013^[2], "*Prime indicazioni sull'assolvimento degli obblighi di trasmissione delle informazioni all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, ai sensi dell'art. 1, comma 32 della legge n. 190/2012*", prevede tra l'altro che l'invio all'Autorità della comunicazione attestante l'avvenuto adempimento degli obblighi di cui all'art. 1 comma 32 della Legge 190/2012 si intende assolto esclusivamente mediante l'utilizzo dell'apposito modulo messo a disposizione nella sezione Servizi ad accesso libero - Modulistica del portale istituzionale dell'Autorità www.avcp.it, nel rispetto delle istruzioni riportate nel [modulo](#) medesimo.

L'Autorità ha individuato nel formato XML lo standard aperto da utilizzare per la pubblicazione definendo altresì, nell'allegato tecnico al presente Comunicato, gli schemi XSD che i soggetti di cui all'art. 2 comma 1 della Deliberazione sono chiamati a rispettare per la pubblicazione. Tra il 1 febbraio e il 30 aprile di ciascun anno, l'Autorità eseguirà da un minimo di due a un massimo di cinque tentativi di accesso automatizzato agli indirizzi comunicati; i tentativi saranno eseguiti nell'arco delle 24 ore a distanza non inferiore a 72 ore l'uno dall'altro. L'indisponibilità della risorsa a tutti i tentativi di accesso sarà equiparata ad omessa pubblicazione e, in quanto tale, oggetto di segnalazione alla Corte dei Conti ai sensi dell'art. 1 comma 32 della Legge 190/2012. Analogamente per il mancato rispetto di una qualunque delle regole stabilite nella Deliberazione, nel presente Comunicato e nei rispettivi allegati tecnici.

Il successivo comunicato del 13 giugno 2013^[3] fornisce chiarimenti in merito alla deliberazione n. 26 del 22 maggio 2013, precisando che, alla luce del complesso iter normativo, iniziato con l'entrata in vigore della legge 190 del 2012 (28 novembre 2012) e terminato da ultimo soltanto con l'adozione del d.lgs 33 del 2013 (20 aprile 2013) il termine di natura ordinatoria inizialmente previsto per la trasmissione all'AVCP dei dati e delle informazioni di cui all'art. 1 comma 32 è da ritenersi posticipato al 31 gennaio 2014, dovendo riguardare tutte le procedure indette da dicembre 2012. Inoltre precisa anche che la compilazione della tabella prevista dalla deliberazione n. 26/2013 può essere anche soltanto parziale, ossia non contenere tutte le ulteriori informazioni della tabella di cui all'art. 3 comma 1.

Infine la rassegna delle disposizioni intervenute sull'argomento va citato il comunicato congiunto dei Presidenti della CiVIT e dell'AVCP del 25 giugno 2013^[4], che, nel richiamare in premessa l'obbligo, previsto dall'art. 1, comma 27 della legge n. 190/2013, di trasmissione alla CiVIT delle stesse informazioni pubblicate ai sensi dei commi 15 e 16 (dove nel comma 16 sono incluse anche quelle del comma 32), stabilisce che si intende assolto con la comunicazione effettuata all'AVCP secondo le disposizioni della delibera n. 26/2013.

Alla luce di quanto esaminato nei passaggi precedenti, per quanto frastagliato e complesso risulti il quadro delle disposizioni analizzate, non appare sussistere, per il mese di dicembre 2012 e l'anno 2013 un obbligo ulteriore e diverso, rispetto a quanto già effettuato verso l'AVCP, di pubblicazione sui siti web delle singole amministrazioni delle informazioni per i contratti di importo inferiore a 40 mila euro, secondo la tabella di cui all'art. 3, comma 1 della delibera AVCP n. 26/2013. Questo si intende pertanto assolto con l'effettuazione delle comunicazioni previste dai sistemi SMART CIG o SIMOG.

Sarà invece cura delle singole Amministrazioni attrezzarsi, tramite modalità che possano trarre direttamente dai propri archivi contabili ovvero manualmente, per effettuare la pubblicazione sui propri siti web delle informazioni relative ai contratti di importo inferiore a 40 mila euro, a decorrere dal 1 gennaio 2014, secondo gli standard previsti dall'AVCP con la propria deliberazione n. 26/2013.

[1] Con provvedimento dell'Autorità, i soggetti ai quali è richiesto di fornire gli elementi di cui al comma 9 (d.lgs 163/2006) sono sottoposti alla sanzione amministrativa pecuniaria fino a euro 25.822 se rifiutano od omettono, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni o di esibire i documenti, ovvero alla sanzione amministrativa pecuniaria fino a euro 51.545 se forniscono informazioni od esibiscono documenti non veritieri. Le stesse sanzioni si applicano agli operatori economici che non ottemperano alla richiesta della stazione appaltante o dell'ente aggiudicatore di comprovare il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di affidamento, nonché agli operatori economici che forniscono dati o documenti non veritieri, circa il possesso dei requisiti di qualificazione, alle stazioni appaltanti o agli enti aggiudicatori a agli organismi di attestazione.

[2] http://www.avcp.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?ca=5397

[3] http://www.avcp.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?ca=5406

[4] <http://www.civit.it/wp-content/uploads/Comunicato-congiunto-CiVIT-Avcp.pdf>