

VERBALE DI DETERMINA DELL'AMMINISTRATORE UNICO
N. 96 del 03-12-2018



Il giorno 3 dicembre 2018 alle ore 9,15 presso la sede amministrativa di ASM ISA Spa, Viale Petrarca 68 – 27029 Vigevano (PV), l'Amministratore Unico della Società Arch. Giorgio Tognon alla presenza della Sig.ra Vismara Simona la quale funge da segretaria, determina sull'argomento di seguito riportato:

Applicabilità della deroga di cui all'art. 52, c. 1, lett. c), decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50

L'Amministratore Unico

visto,

- il decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, intitolato “Codice dell'amministrazione digitale”;
- il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, rubricato “Codice dei contratti pubblici” (d'ora in poi anche “Codice”);
- il decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, rubricato “Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica” (d'ora in avanti anche “Testo unico”);
- lo statuto di codesta società;

ed in particolare,

- l'art. 40, c. 2, del Codice, il quale prevede che «2. 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»;
- l'art. 52, del Codice, ove è dato leggersi che «1. Nei settori ordinari e nei settori speciali, tutte le comunicazioni e gli scambi di informazioni di cui al presente codice sono eseguiti utilizzando mezzi di comunicazione elettronici in conformità con quanto disposto dal presente comma e dai commi da 2 a 9, nonché' dal Codice dell'amministrazione digitale di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82. Gli strumenti e i dispositivi da utilizzare per comunicare per via elettronica, nonché' le relative caratteristiche tecniche, **hanno carattere non discriminatorio, sono comunemente disponibili e compatibili con i prodotti TIC generalmente in uso e non limitano l'accesso degli operatori economici alla procedura di aggiudicazione.** In deroga al primo e secondo periodo, le stazioni appaltanti **non sono obbligate** a richiedere mezzi di comunicazione elettronici nella procedura di presentazione dell'offerta esclusivamente nelle seguenti ipotesi:
 - a) a causa della natura specialistica dell'appalto, l'uso di mezzi di comunicazione elettronici richiederebbe specifici strumenti, dispositivi o formati di file che non sono in genere disponibili o non sono gestiti dai programmi comunemente disponibili;
 - b) i programmi in grado di gestire i formati di file, adatti a descrivere l'offerta, utilizzano formati che non possono essere gestiti mediante altri programmi aperti o generalmente disponibili ovvero sono protetti da licenza di proprietà esclusiva e non possono essere messi a disposizione per essere scaricati o per farne un uso remoto da parte della stazione appaltante;
 - c) l'utilizzo di mezzi di comunicazione elettronici richiede attrezzature specializzate per ufficio non comunemente disponibili alle stazioni appaltanti;



- d) i documenti di gara richiedono la presentazione di un modello fisico o in scala ridotta che non può essere trasmesso per mezzo di strumenti elettronici;
- e) l'uso di mezzi di comunicazione diversi dai mezzi elettronici è necessario a causa di una violazione della sicurezza dei mezzi di comunicazione elettronici ovvero per la protezione di informazioni di natura particolarmente sensibile che richiedono un livello talmente elevato di protezione da non poter essere adeguatamente garantito mediante l'uso degli strumenti e dispositivi elettronici che sono generalmente a disposizione degli operatori economici o che possono essere messi loro a disposizione mediante modalità alternative di accesso ai sensi del comma 6.

2. Nei casi in cui non sono utilizzati mezzi di comunicazione elettronici ai sensi del terzo periodo del comma 1, la comunicazione avviene per posta o altro idoneo supporto ovvero mediante una loro combinazione.

3. Le stazioni appaltanti indicano nella **relazione unica** i motivi per cui l'uso di mezzi di comunicazione diversi dai mezzi elettronici è stato ritenuto necessario in applicazione del comma 1, terzo periodo.

4. In deroga ai commi da 1 a 3, la comunicazione orale può essere utilizzata in relazione a comunicazioni diverse da quelle relative agli elementi essenziali della procedura di appalto, purché' il contenuto della comunicazione orale sia sufficientemente documentato. A tal fine, gli elementi essenziali della procedura di appalto includono i documenti di gara, le richieste di partecipazione, le conferme di interesse e le offerte. In particolare, le comunicazioni orali con offerenti che potrebbero incidere significativamente sul contenuto e la valutazione delle offerte sono documentate in misura sufficiente e con mezzi adeguati.

5. In tutte le comunicazioni, gli scambi e l'archiviazione di informazioni, le stazioni appaltanti **garantiscono che l'integrità dei dati e la riservatezza delle offerte e delle domande di partecipazione siano mantenute. Esse esaminano il contenuto delle offerte e delle domande di partecipazione soltanto dopo la scadenza del termine stabilito per la loro presentazione.**

6. Le stazioni appaltanti possono, se necessario, richiedere l'uso di strumenti e dispositivi che in genere non sono disponibili, ma, in tale caso, offrono modalità alternative di accesso. Sono adeguate modalità alternative di accesso quelle che: a) offrono gratuitamente un accesso completo, illimitato e diretto per via elettronica a tali strumenti e dispositivi a decorrere dalla data di pubblicazione dell'avviso, conformemente all'allegato V o dalla data di invio dell'invito a confermare interesse. Il testo dell'avviso o dell'invito a confermare interesse indica l'indirizzo Internet presso il quale tali strumenti e dispositivi sono accessibili; b) assicurano che gli offerenti, che non hanno accesso agli strumenti e ai dispositivi in questione o non hanno la possibilità di ottenerli entro i termini pertinenti, a condizione che la responsabilità del mancato accesso non sia attribuibile all'offerente interessato, possano accedere alla procedura di appalto utilizzando credenziali temporanee elettroniche per un'autenticazione provvisoria fornite gratuitamente online; c) offrono un canale alternativo per la presentazione elettronica delle offerte.

7. Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori possono imporre agli operatori economici condizioni intese a proteggere il carattere di riservatezza delle informazioni che i predetti soggetti rendono disponibili durante tutta la procedura di appalto.

8. Oltre ai requisiti di cui all'allegato XI, agli strumenti e ai dispositivi di trasmissione e di ricezione elettronica delle offerte e di ricezione elettronica delle domande di partecipazione si applicano le seguenti regole: a) le stazioni appaltanti mettono a disposizione dei soggetti interessati le informazioni sulle specifiche per la presentazione di offerte e domande di partecipazione per via elettronica, compresa la cifratura e la datazione; b) le stazioni



appaltanti specificano il livello di sicurezza richiesto per i mezzi di comunicazione elettronici da utilizzare per le varie fasi della procedura d'aggiudicazione degli appalti. Il livello è proporzionato ai rischi connessi; c) qualora ritengano che il livello dei rischi, valutato ai sensi della lettera b), sia tale che sono necessarie firme elettroniche avanzate, come definite nel Codice dell'amministrazione digitale di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, le stazioni appaltanti accettano le firme elettroniche avanzate basate su un certificato qualificato, considerando se tali certificati siano forniti da un prestatore di servizi di certificazione presente in un elenco di fiducia di cui alla decisione della Commissione 2009/767/CE, create con o senza dispositivo per la creazione di una firma sicura alle seguenti condizioni: 1) le stazioni appaltanti stabiliscono il formato della firma elettronica avanzata sulla base dei formati stabiliti nelle regole tecniche adottate in attuazione del Codice dell'amministrazione digitale di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, e attuano le misure necessarie per poterli elaborare; qualora sia utilizzato un diverso formato di firma elettronica, la firma elettronica o il supporto del documento elettronico contiene informazioni sulle possibilità di convalida esistenti. Le possibilità di convalida consentono alla stazione appaltante di convalidare on line, gratuitamente e in modo comprensibile per i non madrelingua, le firme elettroniche ricevute come firme elettroniche avanzate basate su un certificato qualificato. Le stazioni appaltanti, tramite il coordinamento della Cabina di regia, comunicano le informazioni relative al fornitore di servizi di convalida alla Commissione europea che le pubblica su internet; 2) in caso di offerte firmate con il sostegno di un certificato qualificato in un elenco di fiducia, le stazioni appaltanti non applicano ulteriori requisiti che potrebbero ostacolare l'uso di tali firme da parte degli offerenti.

9. Riguardo ai documenti utilizzati nel contesto di una procedura di appalto che sono firmati dall'autorità competente o da un altro ente responsabile del rilascio, l'autorità o l'ente competente di rilascio può stabilire il formato della firma elettronica avanzata in conformità ai requisiti previsti dalle regole tecniche adottate in attuazione del Codice dell'amministrazione digitale di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82. Essi si dotano delle misure necessarie per trattare tecnicamente tale formato includendo le informazioni necessarie ai fini del trattamento della firma nei documenti in questione. Tali documenti contengono nella firma elettronica o nel supporto del documento elettronico possibilità di convalida esistenti che consentono di convalidare le firme elettroniche ricevute on line, gratuitamente e in modo comprensibile per i non madre lingua.

10. Per le concessioni, fatti salvi i casi in cui l'uso dei mezzi elettronici è obbligatorio ai sensi del presente codice, le stazioni appaltanti possono scegliere uno o più dei seguenti mezzi di comunicazione per tutte le comunicazioni e gli scambi di informazioni: a) mezzi elettronici; b) posta; c) comunicazione orale, anche telefonica, per comunicazioni diverse da quelle aventi ad oggetto gli elementi essenziali di una procedura di aggiudicazione di una concessione e purché il contenuto della comunicazione orale sia sufficientemente documentato su un supporto durevole; d) la consegna a mano comprovata da un avviso di ricevimento.

11. Nei casi di cui al comma 10, il mezzo di comunicazione scelto deve essere comunque disponibile e non discriminatorio e non deve limitare l'accesso degli operatori economici alla procedura di aggiudicazione della concessione. Gli strumenti e i dispositivi da utilizzare per comunicare per via elettronica, nonché le relative caratteristiche tecniche, devono essere interoperabili con i prodotti della tecnologia dell'informazione e della comunicazione comunque in uso.

12. Alle concessioni si applicano i commi 5 e 7»;



preso atto che,

- l'art. 40, del Codice, sancisce l'obbligatorietà dell'uso dei mezzi di comunicazione elettronici per tutte le stazioni appaltanti a decorrere dal 1 ottobre 2018;
- l'art. 52, del Codice, ribadisce e specifica la natura obbligatoria di tali mezzi di comunicazione da parte delle stazioni appaltanti, contemplando, altresì precise ipotesi derogatorie.

rilevato che,

- l'obbligatorietà dell'uso dei mezzi di comunicazione elettronici è posto a carico di tutte le stazioni appaltanti;
- l'art. 3 (*Definizioni*), c. 1, lett. o), del Codice, per «*stazione appaltante*» si intende “*le amministrazioni aggiudicatrici di cui alla lettera a) gli enti aggiudicatori di cui alla lettera e), i soggetti aggiudicatori di cui alla lettera f) e gli altri soggetti aggiudicatori di cui alla lettera g)*”;
- a sua volta, la citata lettera g) riconduce alla categoria delle «*stazioni appaltanti*» anche gli «*altri soggetti aggiudicatori*», quali «*i soggetti privati tenuti all'osservanza delle disposizioni del presente codice*»;
- ASM ISA S.p.a. è società *in house* di diritto privato ai sensi del Libro V, Titolo V, Capo V, codice civile, a partecipazione pubblica totalitaria tramite una società *in house* maggioritaria ed altri Comuni, attiva nel settore dei servizi di interesse generale a rete, settori ordinari, di rilevanza economica, riferito al servizio rifiuti solidi urbani (RSU) come da d.lgs. 152/2006 e l.r. 26/2003 e successive norme di settore;
- l'art. 16 (*Società in house*), c. 7 del d.lgs. 175/2016 (*Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*), secondo il quale: «*7. Le società di cui al presente articolo sono tenute all'acquisto di lavori, beni e servizi secondo la disciplina di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016. Resta fermo quanto previsto dagli articoli 5 e 192 del medesimo decreto legislativo n. 50 del 2016*»;
- ASM ISA S.p.a., in quanto società *in house*, è, pertanto, da ricondursi tra «*altri soggetti aggiudicatori*» tenuti all'osservanza delle disposizioni del presente codice ai sensi della precedente lett. g);
- le società *in house* assumono la qualifica di «*altri soggetti aggiudicatori*» solo nelle ipotesi in cui decidano di ricorrere al mercato per l'acquisto di lavori, beni e servizi necessari al raggiungimento delle proprie finalità istituzionali;

considerato che,

- i mezzi di comunicazione elettronici da utilizzarsi per le comunicazioni e gli scambi di informazioni nell'ambito delle procedure disciplinate dal Codice devono soddisfare i seguenti requisiti:
 - a) essere comunemente disponibili;
 - b) non avere carattere discriminatorio;
 - c) non limitare l'accesso degli operatori economici alle procedure di aggiudicazione;
 - d) garantire l'integrità dei dati;
 - e) garantire la riservatezza delle offerte e delle domande di partecipazione;
 - f) siano tali da consentire l'esame delle offerte e delle domande di partecipazione soltanto dopo la scadenza del termine stabilito per la loro presentazione.



constatato che,

- ASM ISA S.p.a. non dispone di mezzi di comunicazioni elettronici in grado di soddisfare i sopracitati requisiti;
- tali requisiti possono essere soddisfatti unicamente mediante l'impiego di specifiche piattaforme di *e-procurement* che consentano di gestire le procedure di gara in modo interamente elettronico e completamente rispondente ai principi dettati dalla normativa;
- ASM ISA S.p.a. non dispone di tale piattaforma;
- le piattaforme di *e-procurement* in grado di garantire i sopracitati requisiti richiedono per la loro adozione attrezzature specializzate per l'ufficio non comunemente disponibili alle stazioni appaltanti;
- che è stato acquisito in atti la nota ANCI prot. 76/VSG/SD del 19/10/2018;
- che è stato acquisito in atti la memoria fornita dalla Lothar s.r.l. con prot n. 829/2018-CM/sp del 24/10/2018;

ritenuto,

- di avere fornita adeguata motivazione sui presupposti di fatto e di diritto alla base della presente deliberazione;

tutto ciò premesso,

DETERMINA

- 1) di ritenere quanto esposto nella precedente parte narrativa quale parte integrante e sostanziale della presente parte deliberativa;
- 2) di derogare l'obbligo sancito dagli artt. 40 e 52 del Codice, sussistendo, nel caso di specie, l'ipotesi contemplata dall'art. 52, c. 1, lett. c), ai sensi della quale le stazioni appaltanti non sono obbligate a ricorrere a mezzi di comunicazioni elettronici qualora "c) l'utilizzo di mezzi di comunicazione elettronici richiede attrezzature specializzate per ufficio non comunemente disponibili alle stazioni appaltanti";
- 3) di disporre affinchè le comunicazioni e lo scambio di informazioni nell'ambito delle procedure di gara inerenti i settori ordinari e speciali avvenga mediante l'impiego di mezzi diversi dalla comunicazione elettronica, purché conformi alla normativa di settore e pur sempre tali da garantire il rispetto dei sopracitati requisiti, quali:
 - a) comunicazione per posta;
 - b) comunicazione con altro mezzo;
 - c) comunicazione per combinazione di diversi supporti;
- 4) di incaricare il responsabile del procedimento di specificare nella relazione unica i motivi per cui l'uso di mezzi di comunicazione diversi dai mezzi elettronici è stato ritenuto possibile in applicazione dell'art. 52, c. 1, lett. c) citato, atteso che detta relazione unica è prevista dagli artt. 52, c. 3 e 99 del Codice;
- 5) di valutare l'opportunità di considerare nei futuri piano d'investimento di medio-termine, di adottare piattaforme *e-procurement* nel rispetto della disciplina dettata in materia del Codice, sussistendone le fonti finanziarie di copertura;



- 6) di incaricare il responsabile della trasparenza e integrità (RTI) ai sensi del d.lgs. 33/2013
(*Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni*) a dar luogo alla pubblicazione che la circostanza comporta.

Verbale chiuso alle ore 10,00

L'Amministratore Unico

Arch. Giorgio Tognon

La segretaria verbalizzante

Rag. Simona Vismara