Numero 01126/2018 e data 27/04/2018 Spedizione

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Consiglio di Stato

Adunanza della Commissione speciale del 20 aprile 2018

NUMERO AFFARE 00580/2018

OGGETTO:

Ministero delle infrastrutture e dei trasporti - Ufficio legislativo.

Schema di decreto recante "Banca dati degli operatori economici" - art. 81, comma 2, d.lgs. 18.04.2016 n. 50;

LA COMMISSIONE SPECIALE del 20 aprile 2018

Vista la nota di trasmissione della relazione in data 21.03.2018 con la quale il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti - ufficio legislativo ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sull'affare consultivo in oggetto;

Esaminati gli atti e uditi i relatori, Consiglieri Luca Lamberti e Davide Ponte;

Premesso:

1. Con la nota del 21 marzo 2018, prot. n. 9715, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti ha trasmesso per il prescritto parere lo schema di decreto in epigrafe, recante "*l'istituzione della banca dati nazionale degli operatori economici*" ai sensi dell'articolo 81 del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, e successive modificazioni (d'ora in avanti codice).

Il provvedimento in esame, secondo quanto riferito dal Ministero proponente, è volto a disciplinare l'istituzione della banca dati nazionale degli operatori economici (nel seguito BDOE), ai sensi e per gli effetti dell'art. 81 del codice. Tale

norma dispone al comma 1 che, fermo restando quanto previsto dagli articoli 85 e 88, del medesimo codice, "*la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-professionale ed economico e finanziario, per la partecipazione alle procedure disciplinate dal presente codice e per il controllo in fase di esecuzione del contratto della permanenza dei suddetti requisiti, è acquisita esclusivamente attraverso la Banca dati centralizzata gestita dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, denominata Banca dati nazionale degli operatori economici*".

Lo schema di decreto in esame è stato predisposto dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti in particolare in attuazione del comma 2 del citato articolo 81, il quale stabilisce che per "*le finalità di cui al comma 1, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentita l'ANAC e l'AGID, sono indicati i dati concernenti la partecipazione alle gare e il loro esito, in relazione ai quali è obbligatoria l'inclusione della documentazione nella Banca dati, i documenti diversi da quelli per i quali è prevista l'inclusione e le modalità di presentazione, i termini e le regole tecniche per l'acquisizione, l'aggiornamento e la consultazione dei predetti dati. Con il medesimo decreto si provvede alla definizione delle modalità relative alla progressiva informatizzazione dei documenti necessari a comprovare i requisiti di partecipazione e l'assenza di cause di esclusione, nonché alla definizione dei criteri e delle modalità relative all'accesso e al funzionamento nonché all'interoperabilità tra le diverse banche dati coinvolte nel procedimento. A tal fine entro il 31 dicembre 2016, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, in accordo con ANAC, definisce le modalità di subentro nelle convenzioni stipulate dall'ANAC, tali da non rendere pregiudizio all'attività di gestione dati attribuite all'ANAC dal presente codice*", inoltre, il medesimo comma prevede che fino alla data di entrata in vigore del suddetto decreto, si applica l'articolo 216, comma 13, del codice.

2. Quanto al contenuto dello schema del decreto in oggetto, l'Amministrazione ha riferito che lo stesso si compone di 11 articoli, le cui disposizioni sono di seguito riassunte nei loro aspetti principali:

- art. 1 ("*Banca dati nazionale degli operatori economici*") prevede l'istituzione della

BDOE e stabilisce che il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, Dipartimento per le infrastrutture, i sistemi informativi e statistici, Direzione generale per i sistemi informativi e statistici, è responsabile della progettazione, gestione e sviluppo di tale banca dati unica centralizzata. L'articolo chiarisce, infine, in linea con quanto previsto dal legislatore, che tramite la Banca Dati sono resi disponibili dati e documenti relativi ai requisiti di carattere generale, tecnico-professionale ed economico e finanziario necessari per la partecipazione degli operatori economici alle procedure disciplinate dal codice e per il controllo in fase di esecuzione del contratto della permanenza dei suddetti requisiti e che tali dati sono raccolti mediante interoperabilità e cooperazione applicativa, attraverso l'integrazione delle informazioni provenienti da diversi sistemi informativi;

- art. 2 ("*Definizioni*") contiene le definizioni delle voci ritenute rilevanti nella materia disciplinata dal decreto;

- art. 3 ("*Documentazione comprovante il possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-professionale ed economico- finanziario*") dispone che la stazione appaltante debba acquisire esclusivamente tramite la BDOE la documentazione, rappresentata da dati e documenti, comprovante il possesso dei requisiti di partecipazione dell'operatore economico ad una specifica procedura di gara individuata con un Codice identificativo gara (CIG) in ogni sua fase e indica quale sia la documentazione comprovante i requisiti di partecipazione dell'operatore economicomma Si chiarisce, infine, che per gli operatori economici esteri i dati e documenti probatori di cui sono da intendersi quelli resi in conformità alle normative vigenti nei rispettivi Paesi;

- art. 4 ("*Schema di funzionamento della BDOE*") detta disposizioni relative al funzionamento della BDOE, disponendo che le stazioni appaltanti richiedono i dati e i documenti necessari alla verifica dei requisiti dichiarati dagli operatori economici partecipanti ad una procedura di gara, unicamente tramite la BDOE. A tal fine la stazione appaltante interroga la BDOE tramite il sistema telematico, in

merito a ciascuno dei requisiti richiesti. La BDOE registra la richiesta effettuata dalla suddetta stazione appaltante e richiede i dati e i documenti, comprensivi della loro validità temporale, direttamente agli enti titolari dei dati inclusi nei registri pubblici e negli altri registri che sono interconnessi ad essa e risponde alla stazione appaltante facendole pervenire, tramite il sistema telematico, i dati e i documenti forniti dagli enti titolari dei dati, registrandone i termini di validità temporale. La BDOE dovrà, quindi, registrare l'avvenuto invio di dati e documenti alla stazione appaltante, la quale deve segnalare la rispondenza tra quanto richiesto (dati e documenti) e quanto reso disponibile. Si prevede che i dati e i documenti che la BDOE fa pervenire alla stazione appaltante siano finalizzati alla verifica di quanto dichiarato dall'operatore economico in fase di presentazione dell'offerta e alla permanenza degli stessi in fase di esecuzione del contratto. L'articolo stabilisce che per le finalità di cui all'articolo 81, comma 4, del codice, l'operatore economico può fruire di un servizio del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, per memorizzare i dati e i documenti relativi ai requisiti speciali e ad altri mezzi di prova, comprensivi della validità temporale, nel caso in cui questi non siano disponibili presso i registri pubblici nazionali o gli altri registri. In tal senso si chiarisce, inoltre, che il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti gestisce e regola la fruizione di un servizio messo a disposizione degli operatori economici per la memorizzazione dei dati e dei documenti relativi ai requisiti speciali e ad altri mezzi di prova riutilizzabili, al fine di abilitare il reperimento degli stessi da parte delle stazioni appaltanti per mezzo delle richieste alla BDOE;

- art. 5 ("*Utenti e profili funzionali*") individua i soggetti che possono accedere ai dati della BDOE: le stazioni appaltanti, l'Autorità nazionale anticorruzione, altri soggetti individuati dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti in base alle loro competenze istituzionali e altri soggetti individuati dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, in base alle loro competenze funzionali, quali ad esempio i soggetti che hanno le stesse funzioni di verifica demandata alle stazioni

appaltanti per finalità analoghe, in linea con una ragionevole evoluzione della BDOE. Chiarendo che l'accesso degli altri soggetti individuati dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti potrà essere effettuato tramite stipula di apposita convenzione con il medesimo Ministero;

- art. 6 ("*Modalità di accesso alla Banca dati*") prevede le modalità di accesso alla BDOE, stabilendo che l'accesso avviene tramite SPID, per i soggetti che debbano accedere ai servizi tramite l'interfaccia utente messa a disposizione dalla stessa BDOE. Si stabilisce, inoltre, che l'accesso alla BDOE da parte dei soggetti autorizzati ad operare avviene tramite cooperazione applicativa, con connessione sicura autenticata tra il sistema telematico e la medesima banca dati. Si prevede, infine, che il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, Dipartimento per le infrastrutture, i sistemi informativi e statistici, Direzione generale per i sistemi informativi e statistici è responsabile della progettazione, realizzazione e gestione del sistema di autenticazione e autorizzazione degli utenti ed assicura un adeguato sistema di registrazione degli accessi e delle azioni effettuate.

- art. 7 ("*Interoperabilità tra i sistemi coinvolti*") è dedicato alla interoperabilità tra i sistemi coinvolti. Si prevede che la BDOE sia interconnessa con i registri pubblici nazionali, e altri registri, in base ad apposite convenzioni stipulate tra il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e gli enti titolari dei dati e che la stessa è interconnessa con le piattaforme telematiche delle stazioni appaltanti per la verifica dei requisiti. Si stabilisce, inoltre, che le regole d'interoperabilità tra i sistemi debbano essere conformi alle regole tecniche di cui alla circolare n. 3 del 6 dicembre 2016 dell'Agenzia per l'Italia Digitale e successive modificazioni, pubblicato sul sito dell'AgID ai sensi dell'articolo 58, comma 10 del codice;

- art. 8 ("*Modalità relative alla gestione delle attività transitorie prima dell'avvio e fino alla data di obbligo di utilizzo di BDOE*") prevede che il sistema di gestione informatica dei dati e dei documenti necessari alla verifica dei requisiti di partecipazione e l'assenza delle cause di esclusione in relazione a dati e documenti, previsti dal

decreto in esame, sia attivato in concomitanza con l'entrata in vigore dell'obbligo di cui all'articolo 40 del codice relativo all'obbligo di uso dei mezzi di comunicazione elettronici nello svolgimento di procedure di aggiudicazione. Si prevede, inoltre, che il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti debba pubblicare sul proprio sito istituzionale entro il 30 giugno 2018 sia le specifiche di integrazione per i servizi verso le stazioni appaltanti, sia le modalità di fruizione dei servizi per le stazioni appaltanti ancora prive di sistemi telematici. Sono altresì pubblicate le specifiche di integrazione per i servizi verso gli enti titolari dei dati. Infine, si stabilisce che in caso di mancata messa a disposizione dei dati e documenti per rifiuto od omissione di quanto necessario a garantire la cooperazione applicativa tra le banche dati, gli enti titolari sono valutati ai sensi dell'articolo 81, comma 3, del codice, dal competente Dipartimento della funzione pubblica, come previsto dal decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90 convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014 n. 114;

- art. 9 ("*Trattamento e sicurezza dei dati*") prevede disposizioni in materia di trattamento e sicurezza dei dati. Si stabilisce che il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti è il titolare del trattamento dei dati conservati nella BDOE ai sensi di quanto previsto dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n.196 e ne assicura la gestione tecnica e informatica e che i dati e documenti resi disponibili e accessibili in interoperabilità e cooperazione applicativa dagli enti certificatori o da altre istituzioni pubbliche o incaricate di pubblico servizio, restano nella titolarità, responsabilità e gestione degli stessi, che ne assicurano la storicizzazione, l'aggiornamento e la qualità e ne rendono possibile la fruizione in ottemperanza ai propri criteri di riservatezza e sicurezza. Si stabilisce anche che l'utilizzo dei dati e delle informazioni avviene nel rispetto dei principi vigenti in materia di trattamento dei dati, di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n.196, in conformità a quanto previsto dall'articolo 71 e dal Capo VIII del codice dell'amministrazione digitale di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82.

L'articolo prevede, inoltre, che, in conformità all'articolo 31 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n.196, al fine dell'applicazione delle disposizioni sulle misure di sicurezza, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti adotta le misure atte a ridurre al minimo i rischi di distruzione o perdita anche accidentali dei dati stessi, di accesso non autorizzato, di trattamento non consentito o non conforme alle finalità della raccolta e che lo stesso Ministero non risponde delle analisi e delle elaborazioni effettuate da altri soggetti sulla base delle informazioni acquisite dalla BDOE;

- art. 10 ("*Modifiche agli articoli 6 e 7 del decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti 2 dicembre 2016, n. 263*") apporta le necessarie modifiche di coordinamento all'articolo 6 del decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti 2 dicembre 2016, n. 263 recante "R*egolamento recante definizione dei requisiti che devono possedere gli operatori economici per l'affidamento dei servizi di architettura e ingegneria e individuazione dei criteri per garantire la presenza di giovani professionisti, in forma singola o associata, nei gruppi concorrenti ai bandi relativi a incarichi di progettazione, concorsi di progettazione e di idee, ai sensi dell'articolo 24, commi 2 e 5 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*". Si segnala che al comma 1, lettera d), di detto articolo, è stata prevista la comunicazione dell'atto di nomina del direttore tecnico al registro delle imprese e non l'iscrizione dell'atto sul registro imprese, ciò in linea con il comunicato del Presidente dell'ANAC del 15 novembre 2017 che, al fine di corrispondere alle difficoltà rappresentate dalle Camere di commercio in merito alla previsione contenuta nel predetto articolo 6 di procedere all'iscrizione nel registro delle imprese dell'atto di nomina del direttore tecnico, ha ritenuto opportuno fornire alcuni chiarimenti sul termine di comunicazione dei dati per l'inserimento nel casellario delle società di ingegneria e professionali. Infine, si è provveduto ad abrogare l'articolo 7 del citato decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti n. 263 del 2016 oramai superato dalle disposizioni contenute dal presente decreto.

- art. 11 ("*Disposizioni transitorie e finali*") detta disposizioni transitorie e finali,

prevedendo che le richieste di verifica relative alle procedure di scelta del contraente, come previste dal codice, avviate a partire dalla data di attivazione di cui all'articolo 8, sono effettuate tramite la BDOE e che a seguito delle richieste effettuate dalla BDOE, finalizzate alla verifica di cui al comma 1, gli enti titolari rispondono con dati e documenti entro trenta giorni, fatti salvi i casi diversamente disciplinati dall'ordinamento. Si garantisce, inoltre, il pieno accesso e pieno utilizzo, dell'attuale sistema AVCPass, istituito presso l'ANAC, nella fase transitoria e fino alla data di attivazione della BDOE di cui all'articolo 8. Infine, si prevede che il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti consente la transizione, e dunque la coesistenza dei due sistemi, grazie alla compartecipazione dei costi di gestione di AVCPass, in accordo con ANAC.

3. Quanto all'*iter* seguito dall'Amministrazione nella predisposizione dello schema in esame, quest'ultima ha riferito di aver acquisito - in ossequio al disposto dell'art. 81, comma 2 del codice - il preventivo parere dell'ANAC, che si espressa con delibera 1 marzo 2018, e dell'AGID, che si espressa con determinazione direttoriale n. 89 del 16 marzo 2018; entrambe formulavano alcune osservazioni di dettaglio, accolte nel testo inviato per il parere di questo Consiglio, ad esclusione di una questione nominativa proposta da AGID.

Inoltre, il dicastero proponente ha comunicato di aver proceduto, nel corso della stesura del presente provvedimento normativo, ad una consultazione pubblica in modalità *on line*.

Infine, lo schema di decreto in esame risulta corredato dall'analisi dell'impatto della regolamentazione (A.I.R.) e dall'analisi tecnico-normativa (A.T.N.).

Considerato:

4. Lo schema di decreto in esame, come in precedenza esposto, è volto ad introdurre nell'ordinamento disposizioni di carattere regolamentare concernenti la "*l'istituzione della banca dati nazionale degli operatori economici*".

In proposito la Commissione speciale (di seguito Commissione) rileva che il

decreto *de quo* è stato adottato ai sensi di quanto disposto dall'art. 81 predetto.
Sotto il profilo della potestà normativa esercitata nel caso di specie, quindi, la Commissione non ha alcun rilievo da formulare, atteso che l'emanazione del presente decreto rientra nella competenza del Ministero proponente ai sensi della succitata normativa.
A quanto precede deve, peraltro, aggiungersi - ai fini di una compiuta esposizione - che il presente decreto, indipendentemente dal *nomen iuris* individuato dalla delega recata dal codice, deve considerarsi un "*regolamento ministeriale*" ai sensi dell'art. 17, comma 3 della legge n. 400 del 1988, come già evidenziato da questo Consiglio di Stato nel parere concernente il codice (Cons. St., comm. spec., 1° aprile 2016, n. 855, paragrafo II. g) 4.).
5. Per quanto concerne il procedimento seguito dall'Amministrazione nel predisporre lo schema di decreto in esame, la Commissione rileva che il Ministero proponente ha correttamente acquisito – in ossequio alla succitata disposizione primaria di riferimento – i prescritti pareri, ad eccezione di quello del Dipartimento per la Funzione Pubblica in relazione all'art. 8, comma 3 del regolamento, di cui avanti, che per tale motivo andrà espunto.
In proposito, lo stesso dicastero ha recepito - come in precedenza esposto – le osservazioni proposte, ad eccezione di una mera modifica nominativa rilevata da AGID, esplicando le ragioni che hanno escluso di procedere nei termini indicati; tale esplicazione appare chiara e condivisibile, anche in considerazione del fatto che la dizione inserita nel testo del decreto ("*registri pubblici nazionali*") è stata ripresa dalla stessa Agenzia nelle richieste di modifica che sono state accolte.
Orbene, la Commissione ritiene che anche il succitato procedimento seguito dall'Amministrazione sia esente da valutazioni critiche, alla luce dell'interlocuzione posta in essere con l'ANAC e l'AGID, nei termini imposti dalla norma, e dell'adozione di una modalità di consultazione pubblica che le ha consentito di disporre di adeguati elementi conoscitivi per intervenire nella materia *de qua*.

6. Per quanto concerne il contenuto del provvedimento la Commissione osserva che il medesimo costituisce attuazione del comma 2 del citato articolo 81 del codice, a mente del quale per "*le finalità di cui al comma 1, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentita l'ANAC e l'AGID, sono indicati i dati concernenti la partecipazione alle gare e il loro esito, in relazione ai quali è obbligatoria l'inclusione della documentazione nella Banca dati, i documenti diversi da quelli per i quali è prevista l'inclusione e le modalità di presentazione, i termini e le regole tecniche per l'acquisizione, l'aggiornamento e la consultazione dei predetti dati. Con il medesimo decreto si provvede alla definizione delle modalità relative alla progressiva informatizzazione dei documenti necessari a comprovare i requisiti di partecipazione e l'assenza di cause di esclusione, nonché alla definizione dei criteri e delle modalità relative all'accesso e al funzionamento nonché all'interoperabilità tra le diverse banche dati coinvolte nel procedimento. A tal fine entro il 31 dicembre 2016, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, in accordo con ANAC, definisce le modalità di subentro nelle convenzioni stipulate dall'ANAC, tali da non rendere pregiudizio all'attività di gestione dati attribuite all'ANAC dal presente codice*". Inoltre, il medesimo comma prevede che fino alla data di entrata in vigore del suddetto decreto, si applica l'articolo 216, comma 13, del codice.

In proposito la Commissione ritiene che le disposizioni di cui al presente provvedimento normativo risultino, in linea generale, coerenti con gli obiettivi enunciati dal dicastero proponente ed appaiono adeguate al raggiungimento di tali scopi.

Strumentalmente alla funzione regolatoria il codice attribuisce al Ministero la gestione della Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici (BNCP) che, ai sensi dell'art. 81 del codice è destinata ad assumere la nuova configurazione di Banca dati Nazionale degli Operatori Economici. In tale banca dati sono destinate a confluire tutte le informazioni contenute nelle banche dati già esistenti, anche a livello territoriale, onde garantire accessibilità unificata, trasparenza, pubblicità e tracciabilità delle procedure di gara e delle fasi a essa prodromiche e successive.

Accanto alla realizzazione di un'unica banca dati, il codice prevede, in aggiunta, anche un sistema di interscambio delle informazioni, preordinato alla prevenzione dalla corruzione e alla tutela della legalità, e nel contempo ad evitare sovrapposizione di competenze e a ottimizzare l'utilizzo dei dati nell'interesse della fruizione degli stessi da parte degli operatori economici e delle stazioni appaltanti.
A tale fine il codice prevede che l'Autorità e il Ministero delle infrastrutture e trasporti sono tenuti a concordare le modalità operative di interscambio delle informazioni.
7. Tuttavia, proprio al fine di assicurare il completo raggiungimento di tali obiettivi, la Commissione ritiene necessario svolgere, in via preliminare, alcune considerazioni d'ordine generale.
7.1 Osservazioni di carattere generale:
La Commissione rileva un'apparente discrasia fra relazione tecnica, ATN (analisi tecnico normativa) ed AIR (analisi di impatto della regolamentazione) in ordine alle fonti di finanziamento della BDOE.
Si invita, pertanto, il Ministero a formulare con maggiore chiarezza il punto.
La Commissione, inoltre, rileva che il d.m. in oggetto non dà attuazione alla previsione di cui all'art. 81, comma 2, secondo periodo, del codice dei contratti pubblici, con particolare riferimento "*alla definizione delle modalità relative alla progressiva informatizzazione dei documenti necessari a comprovare i requisiti di partecipazione e l'assenza di cause di esclusione*".
Si invita, pertanto, il Ministero a provvedere con successivo atto a disciplinare quanto stabilito dalla disposizione citata.
7.2 Ancora in via generale, si osserva che il Ministero sembra avere compiuto una, condivisibile, scelta di fondo circa l'architettura di questa nuova "*banca dati*".
A pag. 2 della relazione si specifica chiaramente che la BDOE non costituisce una vera e propria "*banca dati*" intesa come un insieme organizzato di dati, gestito da un *Data Base Management System*, conservati fisicamente in un *hardware*di proprietà e

gestione del titolare (MIT), dotata di persistenza, cioè avente un ciclo di vita indipendente da quello dei programmi che la utilizzano. Viceversa essa è concepita, secondo quanto riferisce il Ministero, come un centro di scambio e distribuzione di dati. Un intermediario tra le stazioni appaltanti e i registri pubblici, gli altri registri, o in generale soggetti proprietari o gestori di dati necessari alle finalità di cui all'art. 81 del codice.

L'architettura accennata emerge con chiarezza dalla stessa affermazione del ministero per cui "*La BDOE è il soggetto intermediario unico per l'acquisizione delle richieste e l'ottenimento di documenti o dati di comprova dei requisiti*", e ancora "*La BDOE rappresenta un sistema di mediazione o "hub"* (perno in inglese, ndr) *che richiede dati di comprova agli enti titolari dei dati e rimanda esiti ai richiedenti*", inoltre "*L'attuazione e messa in esercizio di questo sistema unico e centralizzato di dialogo e scambio di dati e documenti*" in un quadro di interoperabilità tra i sistemi e di cooperazioni applicativa.

Soprattutto l'affermazione che la BDOE sia un perno che: "*richiede dati di comprova agli enti titolari dei dati e rimanda esiti ai richiedenti*" dimostra oltre ogni ragionevole dubbio che la BDOE non è concepita come luogo autonomo di conservazione e trattamento di dati.

L'intero regolamento, quindi, deve essere analizzato e interpretato alla luce di questa architettura, che necessariamente implica solo la realizzazioni di una efficace interoperabilità tra BDOE, stazioni appaltanti e soggetti titolari dei dati.

In questa ottica destano perplessità alcune disposizioni del regolamento che sembrano rispondere, invece, a una diversa architettura della "*banca dati*" prossima alla definizione tradizionale di data base e pertanto implicante la titolarità di dati propri e autonomamente acquisiti, addirittura in maniera non necessariamente informatica.

Nell'esame dei singoli articoli saranno poste in luce queste incongruenze.

8. Osservazioni di carattere specifico sui singoli articoli:

Art. 1

La Commissione osserva che il decreto non stabilisce espressamente se, decorso il periodo di transizione, la BDOE sostituisca integralmente AVCPass ovvero se, al contrario, i due sistemi continuino a coesistere.

Tuttavia, nell'ATN alla pag. 1 è indicato che "… *il sistema AVCPass … assicura il servizio nella fase transitoria, fino all'avvio della BDOE previsto in data 18 ottobre 2018; … A decorrere dall'anno 2019 le risorse saranno utilizzate esclusivamente dal MIT per la conduzione e gestione della BDOE che sostituisce AVCPass*": a quanto consta, dunque, la coesistenza fra AVCPass e BDOE – che, in definitiva, ne rappresenta un'evoluzione qualitativa prima ancora che quantitativa – è solo per il periodo transitorio.

Al lume di tale intenzione regolamentare pare, pertanto, opportuno stabilirsi con chiarezza che, decorso il periodo transitorio, AVCPass cesserà di esistere.

La Commissione osserva, inoltre, che l'attuale comma 1 dell'art. 11, afferente alle "*disposizioni transitorie e finali*", contiene una norma a regime: per tale ragione, ne pare logica la collocazione nell'ambito dell'art. 1.

All'interno di tale comma, inoltre, l'espressione "*di cui all'articolo 8*" deve essere sostituita con l'espressione "*di cui all'art. 40, comma 2, del codice*": poiché l'art. 8 del d.m. rimanda all'art. 40 del codice, pare opportuno evitare una duplicità di rimandi, sia per facilitare la lettura del testo, sia per rendere più immediata la comprensione della natura "mobile" di tale rinvio, non limitato all'attuale testo dell'art. 40, comma 2, del codice, ma esteso anche alle future, eventuali modifiche di tale disposizione.

In conclusione, si suggerisce la riformulazione dell'art. 1 come segue:

Art. 1

(Banca dati nazionale degli operatori economici - BDOE)

1. Ai sensi dell'articolo 81 del codice, presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti è istituita la Banca dati nazionale degli operatori economici (BDOE). Tramite la Banca dati di cui al primo periodo sono resi disponibili dati e documenti relativi ai requisiti di carattere

generale, tecnico-professionale ed economico e finanziario necessari per la partecipazione degli operatori economici alle procedure disciplinate dal codice e per il controllo in fase di esecuzione del contratto della permanenza dei suddetti requisiti. Tali dati sono raccolti mediante interoperabilità e cooperazione applicativa, attraverso l'integrazione delle informazioni provenienti da diversi sistemi informativi.

2. Le richieste di verifica relative alle procedure di scelta del contraente inoltrate a partire dalla data stabilita dall'articolo 40, comma 2, del codice sono effettuate tramite la BDOE, che da tale momento sostituisce ad ogni effetto AVCPass.

3. Il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, Dipartimento per le infrastrutture, i sistemi informativi e statistici, Direzione generale per i sistemi informativi e statistici è responsabile per quanto attiene la progettazione, gestione e sviluppo della BDOE.

E' appena il caso di osservare che l'art. 1 non è che la doverosa esplicazione della architettura prescelta (di cui nelle osservazioni generali) la quale dà conto della particolare e specifica interpretazione della espressione "*banca dati*" contenuta nell'art. 81, che per altro la Commissione condivide.

Art. 3

Comma 1: la Commissione evidenzia, anzitutto, che, in base all'attuale formulazione del comma, la BDOE tratta e veicola tutti i dati e documenti rilevanti ai fini della partecipazione alla gara menzionati negli articoli 80, 83, 86, 87 e 91 del codice (a loro volta richiamati nel comma 2), ivi inclusi quelli destinatari, allo stato, di una disciplina specifica in punto di modalità di acquisizione (si pensi, in primo luogo, alla documentazione antimafia).

Prima di analizzare tale punto, tuttavia, è necessario trarre alcune conseguenze dalla postulata architettura della BDOE. In primo luogo quanto indicato al comma 2 lett. a) e b) non costituisce affatto né dato, né documento, né documentazione, ma, all'evidenza, esso è l'oggetto della rappresentazione documentale.

Viceversa, l'art. 81 richiede di indicare: "*i dati concernenti la partecipazione alle gare e il loro esito, in relazione ai quali è obbligatoria l'inclusione della documentazione nella Banca dati,*

i documenti diversi da quelli per i quali è prevista l'inclusione". In altri termini chiede di specificare quali siano gli strumenti rappresentativi ottenibili attraverso l'interoperabilità tra la BDOE e altri soggetti titolari di dati. Comprende questa Commissione la difficoltà di enumerare partitamente, e con significato chiaramente esaustivo, tutti i dati e documenti necessari a provare l'assenza della moltitudine di cause di esclusione o il possesso di molteplici requisiti economico finanziari e tecnico professionali. In questo senso, almeno in prima applicazione, appare prudente la scelta di indicare genericamente i dati e documenti i quali potranno essere più dettagliatamente specificati man mano che si concluderanno le convenzioni con i vari registri etc., interpretando quindi l'art. 81 nel senso che esso non richiede nel regolamento una dettagliata elencazione dei dati, documenti e requisiti, ma solo l'indicazione generale e astratta di essi.

Ciò non ostante è necessario che sia compiuto uno sforzo iniziale almeno per individuare categorie generali, anche per orientare le stazioni appaltanti circa quali effettivamente siano i requisiti che esse possono verificare tramite la BDOE.

In primo luogo, quindi, il successivo art. 8, comma 2, che necessariamente integra il presente art. 3, va integrato prevedendo che il Ministero, sul proprio sito, chiaramente enumeri i dati e le informazioni che la Stazione è effettivamente in grado di acquisire tramite la BDOE, secondo i vari stadi di implementazione della interconnessione con i diversi registri telematici. Occorre anche che siano specificati quei "*dati concernenti la partecipazione alle gare e il loro esito, … diversi da quelli per i quali è prevista l'inclusione*".

Infatti, mentre è condivisibile l'elencazione generica di cui all'art. 3, comma 2 nel corpo di una fonte normativa, la stessa deve necessariamente essere integrata da una attività amministrativa che porti a conoscenza degli utenti l'effettiva operatività del sistema.

In secondo luogo, con lo stesso strumento, il MIT dovrà anche comunicare esattamente i dati ostensibili già grazie alla trasformazione in BDOE della

Nell'esame dell'art. 11 si evidenzierà una ulteriore problematica al riguardo.

Tornando all'esame dell'art. 3, qualora, tuttavia, l'intenzione del Ministero fosse quella di escludere l'operatività della BDOE con riferimento ad alcune tipologie di dati e documenti (ad esempio le citate informative antimafia), si suggerisce o di inserire al comma 2, in luogo dell'attuale generica elencazione di carattere tipologico, una puntuale enumerazione, di esplicito carattere tassativo, degli specifici dati e documenti reperibili con la BDOE, oppure, ove ciò sia ritenuto di estrema difficoltà come sopra segnalato, di indicare espressamente quegli eventuali dati che dovranno essere verificati anche in futuro senza ricorrere alla BDOE, per insormontabili ostacoli legislativi.

Inoltre, in considerazione del tempo necessario alla stipula delle convenzioni di cui al successivo art. 7 e, più in generale, della necessità di non irrigidire oltremisura il sistema, la Commissione invita il Ministero a valutare l'opportunità di stabilire che i dati e documenti rilevanti ai fini della gara che, per qualunque causa, non siano reperibili attraverso la BDOE possano, comunque, essere presentati/attestati/dimostrati anche altrimenti: in caso contrario, infatti, ciò che non fosse ottenibile attraverso la BDOE per un qualunque motivo, anche non imputabile all'operatore economico, sarebbe, ai fini di gara, *tamquam non esset*, con prevedibili effetti in punto di contenzioso e, prima ancora, di potenziale lesione della *par condicio competitorum* nonché dell'interesse pubblico a disporre della platea più ampia possibile di concorrenti. In tal senso occorre chiarire che l'avverbio "*esclusivamente*" contenuto nel comma 1 dell'art. 3 va inteso nel senso che la Stazione appaltante è obbligata ad acquisire solo attraverso la BDOE quegli elementi rappresentativi indicati dal Ministero come ostensibili tramite la ripetuta BDOE, con lo strumento di cui all'art. 8, comma 2 integrato nella maniera appena sopra illustrata.

Al comma 2 l'espressione "*La documentazione comprovante i requisiti di partecipazione*

dell'operatore economico è la seguente" può essere sostituita con la seguente: "*La BDOE è utilizzata per acquisire la documentazione relativa a*".

Alla lettera b) l'espressione "*requisiti di carattere generale*" deve essere sostituita con l'espressione "*cause di esclusione*", in armonia con il dettato dell'art. 80 del codice e con la relativa esegesi giurisprudenziale.

Alla lettera c) deve essere eliminato, all'inizio, l'articolo determinativo "*i*", per uniformità con le altre tre lettere del comma, che non contengono alcun articolo determinativo.

Il comma 3, infine, deve essere espunto, in quanto estraneo alla materia oggetto del regolamento e, comunque, privo di un autonomo contenuto precettivo.

Art. 4

L'attuale rubrica ("*Schema di funzionamento della BDOE*") deve essere sostituita con un'espressione più appropriata, quale, a titolo di esempio, "*Gestione e consultazione della BDOE*".

Al comma 2 deve essere aggiunta, in fine, la seguente espressione: "*…, con un'unica richiesta*".

L'attuale comma 2 dell'art. 11 contiene una norma a regime e, pertanto, deve essere ricollocato nel presente articolo, ove diventerà il comma 4, con conseguente cambiamento della numerazione dei successivi commi, che dovrà essere incrementato di una unità. Salvo che, invece, codesta Amministrazione non ritenga di considerare l'obbligo così imposto esclusivamente di natura transitoria, cioè valevole solo in prima attuazione della BDOE. In tal caso, però, nell'art. 4 in commento dovrà essere inserita una analoga disposizione che regoli i casi in cui, di volta in volta, alla richiesta della BDOE, il titolare rifiuti o ritardi la risposta, e sempre tenendo conto che l'architettura del sistema prevede, più che uno scambio di domanda e risposta, una interoperabilità del sistema BDOE con il sistema del titolare.

E' quindi opportuno che l'Amministrazione individui nel regolamento, sia pure in

maniera generale e astratta, i casi in cui ciò possa avvenire rispetto alla singola richiesta, inserendo quindi un termine perentorio, ma al contempo chiarendo le modalità di risposta e, soprattutto, quale sia il successivo trattamento del dato così acquisito.

Dal comma in esame, peraltro, deve essere espunta l'espressione "*…, finalizzate alla verifica di cui al comma 1*", ultronea.

All'attuale comma 8 (che, in esito all'inserimento di cui sopra, diventerà comma 9) deve essere specificato se il servizio aggiuntivo e facoltativo ivi disciplinato sia gratuito ovvero a pagamento; in questo ultimo caso, deve essere altresì stabilito che, con futuro decreto, saranno previsti i criteri per la concreta quantificazione dell'importo che l'operatore economico dovrà sostenere, in funzione della quantità e tipologia dei dati e documenti oggetto della richiesta di fruizione del servizio.

Alla lettera c) dell'attuale comma 9 (che, in esito all'inserimento di cui sopra, diventerà comma 10), deve essere soppressa l'espressione "*di comprova*".

Al comma 11 il participio passato "*referenziati*" deve essere sostituito dal participio passato "*garantiti*".

Art. 5

Nella rubrica deve essere espunta l'espressione "*e profili funzionali*" che, così formulata, sembra alludere ai profili funzionali del sistema piuttosto che alle categorie di utenti.

Alla lettera c) del comma 1 deve essere aggiunta, dopo l'espressione "*altri soggetti*", la parola "*pubblici*".

La lettera d) del comma 1 deve essere riformulata come segue: "*altri soggetti, individuati dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, che per disposizione di legge o di regolamento devono effettuare, in relazione agli operatori economici, le stesse verifiche proprie delle stazioni appaltanti*".

Il comma 2 deve essere riformulato come segue: "*L'accesso dei soggetti di cui alle lettere c) e d) è effettuato tramite stipula di apposita convenzione con il Ministero delle infrastrutture e*

dei trasporti".

Art. 7

Nella rubrica deve essere espunta l'espressione "*tra i sistemi coinvolti*".

Al comma 1 deve essere eliminata la virgola impropriamente contenuta nell'espressione "*i registri pubblici nazionali, e altri registri*".

Sempre al comma 1 deve, inoltre, essere precisato il contenuto minimo delle convenzioni ivi previste (ad esempio, oggetto, durata, ripartizione di eventuali costi *et similia*).

Si suggerisce, inoltre, di allegare al regolamento, ovvero di veicolare con un distinto atto, uno schema-tipo di convenzione.

Art. 8

Al comma 1 l'espressione "*di cui all'articolo 40 del codice*" deve essere sostituita con l'espressione "*di cui all'art. 40, comma 2, del codice*".

Il comma 2 dovrà essere integrato secondo le indicazioni già fornite nell'esame dell'art. 3.

Il comma 3 deve essere espunto, giacché per procedere come ivi disposto è necessario ottenere il previo concerto del Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio, che nella specie non consta essere stato acquisito.

Potrà, comunque, procedersi a veicolare l'attuale disposto del comma con un successivo atto, previo il riferito concerto.

Art. 9

Al comma 4 deve essere precisato che le "*misure*" ivi menzionate saranno indicate specificamente con un successivo atto.

Deve, inoltre, essere espunto il comma 5, in quanto ultroneo.

Art. 11

L'art. 11 è già stato oggetto di osservazioni nella parte generale. In effetti il comma 2 dello stesso sembra contraddire la filosofia stessa della BDOE ipotizzando una richiesta ad un ente titolare dei dati, cui egli dovrebbe rispondere entro trenta

giorni. La norma, infatti, sembra ipotizzare una richiesta al titolare del dato e una sua risposta non necessariamente informatiche e non necessariamente veicolate dalla interoperabilità dei sistemi. Non solo, essa non permette di chiarire se il dato fornito sarà anche acquisito in maniera stabile dalla BDOE, nell'ottica quindi non di un sistema interattivo ma di un data base persistente. Appare evidente, infatti, che in tale evenienza, il dato non sarebbe più fornito alla Stazione attraverso una interoperabilità tra sistemi, ma direttamente dalla BDOE come titolare essa stessa del dato acquisito. E' quindi opportuno chiarire in primo luogo che sia la richiesta sia la risposta devono avvenire con mezzi informatici, e quindi che il dato richiesto non può viaggiare su supporto cartaceo, e in secondo luogo i casi e le modalità di acquisizione e trattamento del dato.

Come già indicato, gli attuali commi 1 e 2 debbono essere spostati nel corpo rispettivamente dell'art. 1 e dell'art. 4, salvo che il comma 2 non sia considerato norma puramente transitoria come già osservato durante l'esame dell'art. 3.

L'attuale comma 3 diventa, pertanto, il comma 1 e può essere riformulato come segue: "*Sino alla data di attivazione della BDOE di cui all'articolo 40, comma 2, del codice è garantito il pieno accesso ed il pieno utilizzo del sistema AVCPass istituito presso l'ANAC*".

L'attuale comma 4, nella formulazione adottata dal Ministero, costituisce una disposizione spuria rispetto all'oggetto del regolamento e, pertanto, deve essere espunto.

Il Ministero può, in alternativa, riformulare il comma (che diventerebbe il comma 2), limitandosi a stabilire che, con successiva convenzione, Ministero ed ANAC regoleranno fra loro la ripartizione dei costi di gestione del sistema AVCPass nel periodo transitorio.

La Commissione, infine, suggerisce all'Amministrazione, in sede di stesura definitiva del presente schema, di omettere l'uso della lettera maiuscola per la parola "*codice*" e d'inserire nel preambolo, in luogo dell'espressione "*Udito il parere del Consiglio di Stato…*", l'espressione "*Udito, ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge*

23 agosto 1988, n. 400, il parere del Consiglio di Stato…".

Per quanto sin qui esposto la Commissione ritiene che lo schema di decreto in epigrafe meriti parere favorevole con le condizioni e con le osservazioni che precedono.

P.Q.M.

La Commissione Speciale esprime parere favorevole sullo schema di decreto in epigrafe con le condizioni e con le osservazioni di cui in motivazione.

Ai sensi dell'art. 58 del r.d. n. 444 del 1942 la Commissione speciale stabilisce di trasmettere il presente parere al Presidente del Consiglio dei Ministri e per esso al Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi (DAGL) per le valutazioni di competenza.

GLI ESTENSORI
Luca Lamberti, Davide Ponte

IL PRESIDENTE
Claudio Zucchelli

IL SEGRETARIO
Cinzia Giglio