

MINISTERO DELLA DIFESA

SEGRETARIATO GENERALE DELLA DIFESA E DIREZIONE NAZIONALE DEGLI
ARMAMENTI

Il Reparto - Coordinamento Amministrativo
2° Ufficio

SCHEMA TECNICA

OGGETTO: Programmazione degli acquisti del Ministero della Difesa - Analisi del quadro normativo e questioni interpretative.

Premessa.

Come noto, il comma 505 dell'art.1 della legge 28 dicembre 2015 n.208 (legge di stabilità per il 2016), con riguardo alla programmazione degli acquisti di beni e servizi, ha disposto che:

- a) le amministrazioni approvano, entro il mese di ottobre di ciascun anno, il programma biennale (ed i suoi aggiornamenti annuali) degli acquisti di beni e servizi di importo unitario stimato superiore a 1 milione di euro;
- b) il programma e gli aggiornamenti sono pubblicati, tra l'altro, sul profilo del committente dell'amministrazione;
- c) le amministrazioni trasmettono i predetti dati di programmazione al tavolo tecnico dei soggetti aggregatori;
- d) le acquisizioni non comprese nel programma e nei suoi aggiornamenti non possono ricevere alcuna forma di finanziamento, fatte salve quelle imposte da eventi imprevedibili o calamitosi o dipendenti da sopravvenute disposizioni di legge o regolamentari.

In attuazione di quanto disposto, a seguito di riunioni di coordinamento cui hanno partecipato i soggetti coinvolti nel processo, è stato delineato l'*iter* procedurale di prima attuazione che si è concluso, a chiusura dell'esercizio scorso, con la finalizzazione degli adempimenti previsti.

A valle del nuovo ciclo di bilancio ed a seguito dell'adozione da parte degli Organi competenti del Documento di Mandato 2017, contenente previsioni non integralmente conformi, per importi ed imprese, con quanto programmato e pubblicato in attuazione della predetta legge di stabilità, è emersa l'esigenza di analizzare conseguenze e procedure derivanti da eventuali scostamenti alla luce del quadro normativo in essere.

In tale senso inoltre assume rilevanza, in prospettiva, anche l'imminente elemento di novità contenuto nell'emanando correttivo del Codice degli appalti, nella parte in cui, tra le altre cose, dispone l'abrogazione della sopra citata disposizione. Ne deriva, come conseguenza, un susseguirsi intertemporale di distinti regimi normativi, oltre all'esigenza di approfondire la problematica anche nell'ottica della definizione delle redigende Direttive generali per la difesa ai sensi dell'art.159 del D. lgs.vo 50/2016.

Gli approfondimenti condotti hanno evidenziato i seguenti elementi di valutazione.

Regime normativo ad oggi vigente.

In attesa dell'entrata in vigore del citato correttivo, la disposizione del comma 505 fa salve le acquisizioni imposte da eventi imprevedibili o calamitosi, nonché le acquisizioni dipendenti da sopravvenute disposizioni di legge o regolamentari, per cui sembrerebbe desumersene che, nella perdurante vigenza delle citata legge, gli eventuali scostamenti rispetto a quanto programmato debbano essere supportati da adeguata motivazione, nelle forme ritenute più idonee dagli Organi programmatori, in ordine all'elemento di imprevedibilità/soprapvenienza che giustifichi l'ulteriore/diversa programmazione. Tale atto dovrebbe essere adottato preliminarmente a supporto della procedura di affidamento, al fine di consentire alla stazione appaltante di dar corso alla

discendenti attività amministrative e contrattuali, altrimenti precluse dalla mancata ammissione a finanziamento dell'impresa.

Regime normativo di prossima emanazione.

La soppressione della norma operata dal correttivo del Codice, seppure auspicabile per varie ragioni segnalate da molteplici commentatori¹, impone tuttavia di riconsiderare il quadro normativo che ne residuerà e le discendenti azioni, in vista della prossima entrata in vigore del citato decreto.

In primo luogo, occorre evidenziare che, sebbene con l'abrogazione del comma 505 venga soppressa (e non reiterata nel Codice) la preclusione che sancisce la mancata ammissione a finanziamento delle acquisizioni non comprese nel programma, dalla lettura del complessivo disposto del nuovo Codice appalti emerge un indirizzo legislativo volto rafforzare gli obblighi di programmazione vigenti: in particolare l'art.32 c.1 del Codice stabilisce, come presupposto di legittimità della procedura di affidamento, il rispetto degli atti di programmazione da parte delle stazioni appaltanti.

A seguito della predetta abrogazione, il quadro normativo degli obblighi di programmazione andrà individuato nell'art. 21 del Codice, che in sintesi contempla:

- a) l'obbligo di adozione del programma biennale/triennale e aggiornamento annuale, con soglia a 40.000 euro per beni e servizi e 100.000 per il lavori;
- b) la pubblicazione del programma e dei relativi aggiornamenti sul profilo del committente, sull'Osservatorio Anac (ancora non attivo come da Comunicato Anac del 26 ottobre 2016) e sul sito MIT;
- c) la comunicazione, entro ottobre, ai soggetti aggregatori dell'elenco delle acquisizioni di beni e servizi di importo superiore al milione di euro che si prevede di inserire nella programmazione biennale.

Con regolamento del MIT, in corso di emanazione (su cui si è già espresso il Consiglio di Stato), sarà adottata la regolamentazione attuativa dei predetti adempimenti ex art. 21 comma 8 del Codice e saranno definite, tra le altre cose, procedure e schemi-tipo per la redazione, l'aggiornamento e la pubblicazione dei programmi. Ai sensi del comma 8 lett. a) e b) al medesimo regolamento spetta, in particolare, di definire le modalità di aggiornamento dei programmi e dei relativi elenchi annuali e i criteri per il riconoscimento delle condizioni che consentono di modificare la programmazione e di realizzare un intervento o procedere a un acquisto non previsto nell'elenco annuale.

Regime transitorio fino a DM MIT.

In attesa dell'entrata in vigore del decreto MIT attuativo, ai sensi del comma 9 del medesimo articolo 21, il regime transitorio è regolato dall'art. 216 comma 3, secondo il quale “*si applicano gli atti di programmazione già adottati ed efficaci*”. Con riferimento, pertanto, al periodo transitorio, alla luce di quanto previsto, continueranno ad applicarsi gli atti di programmazione adottati da ciascun Dicastero con le rispettive procedure. Pertanto, nel periodo transitorio ed ad intervenuta abrogazione dell'art.1 comma 505 della legge di stabilità, non sembrerebbero emergere in base al quadro normativo attuale preclusioni ad effettuare aggiornamenti, applicandosi le procedure proprie di ciascuna Amministrazione (come peraltro già disposto con l'approvazione del documento di mandato dal parte del Capo di Stato Maggiore della Difesa in qualità di Organo programmatore di primo livello, secondo le direttive vigenti nell'ambito del Dicastero).

¹ Si legge peraltro nella relazione illustrativa del correttivo che l'articolo 1, comma 505 della legge 28 dicembre 2015 n. 208 “non è conforme al disposto dell'art. 21 del codice e, inoltre, provoca confusione e ambivalenze negli obblighi di programmazione di beni e servizi”.

Tuttavia, come sopra detto, dall'evoluzione sistematica del quadro normativo tendente alla valorizzazione della fase di programmazione² (nella considerazione che l'affidamento al "buon contraente" non può prescindere da un'adeguata programmazione), emerge rafforzato l'obbligo di adottare atti di programmazione ispirati a criteri di razionalizzazione ed efficienza e, quale naturale corollario del primo, di limitare gli scostamenti in corso d'anno solo a quanto necessario. Conformemente a tale interpretazione evolutiva del quadro normativo, potrebbe valutarsi di supportare i disposti aggiornamenti delle relative giustificazioni, in relazione alla sottesa rivalutazione delle esigenze connesse, ad esempio, all'evoluzione operativa ed alle conseguenti necessarie rivisitazioni delle priorità di acquisto discendenti da piani e programmi da parte degli Organi Programmatori.

Ciò in particolare tenuto conto dell'esigenza per la Difesa, anche in questo ambito come riconosciuto in altri settori, di effettuare un giudizio di compatibilità di sistema, proprio in ragione ed in funzione del perseguimento dell'interesse pubblico alla difesa nazionale e "sovrana nazionale".

Regime futuro.

Con riferimento alla problematica della "specificità" della Difesa, sarà necessario per definire il futuro assetto normativo e procedurale in tema di programmazione, avviare apposita riflessione circa la necessità di una disciplina *ad hoc* propria del Dicastero (da inserire eventualmente mediante richiamo nell'emanando regolamento MIT attuativo dell'art.21 ovvero declinare in apposita disciplina, sia nelle emanande Direttive generali della Difesa previste dall'art.159 del D.Lgs.50/2016, che in sede di revisione del D. Lgs.vo 208/2011 per gli appalti difesa e sicurezza). Si segnala, pertanto, la necessità di avviare un urgente confronto con il MIT, quale autorità di settore istituzionalmente preposta alla trattazione della materia, ai fini dell'individuazione di un possibile concerto nei termini di cui sopra, quanto sopra anche con specifico riguardo all'evoluzione delle programmazione in corso d'anno. In particolare, potrebbe essere opportuno, se percorribile, regolamentare la cadenza degli aggiornamenti da attuarsi infra annualmente proprio in relazione all'evoluzione delle esigenze operative e formalizzarne la procedura secondo l'articolazione di competenze in essere e le direttive già vigenti (es: organi competenti all'attestazione e all'approvazione).

Appalti nei settori Difesa e Sicurezza.

Quanto al *procurement* specificamente militare, la soppressione dell'art.1 comma 505 della legge di stabilità per il 2016 (quale norma generale di carattere finanziario applicabile in quanto tale a tutte le acquisizioni delle amministrazioni) e la riconduzione della disciplina vigente nell'alveo del Codice dei Contratti, impone anche di riconsiderare i rapporti tra la normativa contenuta nell'art. 21 del Codice degli appalti e la normativa speciale degli appalti della Difesa, contenuta nel D.Lgs. 208/2011, che detta alcune previsioni in tema di programmazione (art. 9, comma 2). Per i rinvii a norme dell'abrogato codice dei contratti, disposti dal Decreto Lgs.vo 208/2011, sarà necessario

² Il Consiglio di Stato nel citato parere (n.351/2017) reso sullo schema di regolamento MIT sottolinea che la programmazione "non è solo un momento di chiarezza fondamentale per la determinazione del quadro delle esigenze, la valutazione delle strategie di approvvigionamento, l'ottimizzazione delle risorse ed il controllo delle fasi gestionali, ma costituisce concreta attuazione dei principi di buon andamento, economicità ed efficienza dell'azione amministrativaomissis... L'importanza della fase di programmazione appare con maggior evidenza ove si consideri che dalle attività di vigilanza dell'Autorità è emerso che negli appalti di servizi e forniture, la carenza di programmazione da parte delle stazioni appaltanti genera criticità, quali la frammentazione degli affidamenti, il frequente ricorso a proroghe contrattuali illegittime, l'avvio di procedure negoziate senza bando motivate dalla mera urgenza di provvedere, l'imprecisa definizione dell'oggetto del contratto con riguardo alle specifiche tecniche e/o alle quantità, la perdita di controllo della spesa. Le criticità illustrate inducono a ritenere la fase della programmazione negli acquisti di beni e servizi come fondamentale ai fini di una compiuta valutazione delle strategie di approvvigionamento da parte delle stazioni appaltanti".

effettuare un giudizio di compatibilità con il nuovo assetto normativo in tema di programmazione derivante dal *procurement* civile ed in particolare alla luce dall'intervenuta disciplina in tema di trasparenza e accesso "generalizzato".

Trasparenza.

Con riferimento alla trasparenza in particolare, premesso che gli atti di programmazione ed i relativi aggiornamenti devono e dovranno essere tempestivamente pubblicati (art.29 D.Lgs.50/2016), il D.Lgs.208/2011 (art.9 c.2, 2° cpv) stabilisce che programmi ed elenchi sono trasmessi con omissione delle parti relative ai contratti esclusi (dall'applicazione sia del D.Lgs.208/2011 che del D.Lgs.163/2006 ora D.Lgs.50/2016).

Una particolare riflessione meritano i contratti secretati per i quali generalmente in fase di programmazione non è possibile ancora individuare i presupposti legittimanti la procedura di secretazione, non essendo ancora intervenuta la fase di sviluppo del requisito operativo, che sola supporta l'adozione del provvedimento – eccezionale – di segretazione. Conseguentemente, la pubblicazione preventiva di programmi di imprese, che potrebbero essere successivamente secretate, è suscettibile potenzialmente di comportare un possibile grave pregiudizio alla difesa nazionale. Stesse considerazioni potrebbero essere estese a tutti quei programmi di partecipazione alla realizzazione di programmi di difesa "sovranazionale" (OCCAR, NATO).

In linea generale la divulgazione delle informazioni/dati, sottese alla pubblicazione e all'accesso generalizzato, riguardanti piani e programmi del settore difesa potrebbe costituire un potenziale pregiudizio alla tutela dell'interesse alla difesa nazionale, per il quale è escluso/limitato sia l'accesso tradizionale (art.24 L.241/90 e art.1048 TUOM) sia il nuovo accesso "generalizzato" (art.5 bis D.Lgs.33/2013 introdotto dal D.lgs.97/2016 che ha modificato il D.Lgs.33/2013) nelle sue due modalità di declinazione (pubblicazione ed accessibilità).

A tal fine, sarebbe opportuno fare oggetto di specifica valutazione le sopra descritte esigenze relative al *procurement* militare in sede di concertazione con ANAC, in analogia ad omologhe esigenze già segnalate in materia di pubblicazione dei dati attinenti il personale, in quanto si ritiene estensibile l'esigenza di escludere/limitare la pubblicazione di dati (come la programmazione delle acquisizioni delle FFAA), da cui potrebbe derivare un quadro di conoscenza delle capacità militari (individuazione dei mezzi della difesa, delle linee generali di conservazione e di sviluppo delle Forze Armate) potenzialmente lesivo.