

Il MePA e la scelta degli operatori da invitare: profili quantitativi e “geografici”

di Franco Botteon

CONSIGLIO DI STATO, sez. V, 20 agosto 2015, n. 3954

- Pres. Volpe; Est. Caputo - Alias Informatica s.r.l. (Avv. Mariano) c. Unione dei Comuni di Adige Guà (Avv. Verino e Trivellato) e Accatre s.r.l. (n.c.).

Contratti della p.a. - Servizi informatici - Cottimo fiduciario - Invito a società selezionate all'interno degli elenchi presenti nel mercato elettronico gestito da Consip - Mancato invito di impresa non iscritta in tali elenchi - Legittimità.

Alla luce del valore (199.500,00 euro) e dell'oggetto (fornitura servizi informatici) dell'affidamento, legittimamente la stazione appaltante ha fatto ricorso per l'acquisizione dei servizi informatici al cottimo fiduciario disciplinato dall'art. 125, comma 9, d.lgs. n. 163/2006. Inoltre, avendo la stazione appaltante deliberato di procedere nell'ambito del mercato elettronico (nell'acronimo: MePA) ex art. 328 d.P.R. n. 207/2010 - inviando la richiesta d'offerta a sette società, selezionate all'interno degli elenchi presenti nel mercato elettronico gestito da Consip - non è ipotizzabile un diritto alla partecipazione esteso agli operatori del mercato non iscritti a tali elenchi, i quali dunque non possono lamentare di non essere stati posti nelle condizioni di partecipare alla gara, essendone venuti a conoscenza a termini scaduti.

FATTO e DIRITTO

Alias Informatica s.r.l., società operante nel settore delle forniture di beni e servizi informatici, ha impugnato gli atti aventi ad oggetto la procedura indetta dall'Unione dei Comuni di Guà “per l'acquisizione di servizi informatici mediante ricorso a confronto concorrenziale nell'ambito del mercato elettronico”; procedura conclusasi con la determinazione n. 89 del 1° luglio 2014, di aggiudicazione ad Accatre s.r.l.

Esponava, in narrativa del gravame, di essere venuta a conoscenza della procedura concorrenziale soltanto il 27.6.2014, in coincidenza con la pubblicazione sull'albo pretorio degli atti d'indizione della gara, allorché il termine per la presentazione delle offerte, individuato nel giorno 24.6.2014, era oramai spirato.

Sicché lamentava la ricorrente che le sarebbe stato di fatto preclusa la possibilità di

partecipare alla gara sì da violare l'interesse pubblico o alla massima partecipazione.

Si costituivano in giudizio l'Unione dei Comuni Adige Guà e la società controinteressata, aggiudicataria, eccependo la tardività e l'inammissibilità del gravame, instando nel merito per la sua infondatezza.

Il T.A.R. Veneto, sez. I, chiamato a conoscere la domanda incidentale di tutela cautelare, riteneva, con sentenza in forma semplificata, *in limine* infondate le eccezioni d'irricevibilità e inammissibilità, e respingeva il ricorso sul rilievo che la stazione appaltante aveva osservato i principi di trasparenza, rotazione e parità di trattamento che governano l'affidamento mediante cottimo fiduciario, disciplinato dall'art. 125, commi 11 e 12, d.lgs. n. 163 del 2006, nel quale era ricompresa la procedura selettiva in esame.

Avverso la sentenza appella Alias Informatica s.r.l.

Resiste l'Unione dei Comuni Adige Guà che, a sua volta, spiega appello incidentale, ed eccepisce l'irricevibilità del ricorso di primo grado per tardività e la sua inammissibilità per carenza di interesse ad agire. La stessa, preliminarmente, eccepisce anche l'irricevibilità dell'appello principale a causa della mancata notifica presso il corretto domicilio della controinteressata Accatre s.r.l.

L'appello principale è infondato.

Con i due motivi d'appello che, per omogeneità d'argomenti possono essere trattati unitariamente, l'appellante deduce l'*error in iudicando* in cui sarebbe incorso il T.A.R. nell'applicare l'art. 125, comma 11, d.lgs. n. 163/2006 che, correttamente interpretato alla luce dei principi di trasparenza e concorrenza, imporrebbe la massima partecipazione alla gara di tutti gli operatori del mercato sì da presupporre la tempestiva pubblicazione degli atti d'indizione della procedura concorrenziale.

Il motivo è infondato.

Va premesso che, in ragione del valore (199.500,00 euro) e dell'oggetto (fornitura servizi informatici) dell'appalto, legittimamente la stazione appaltante ha fatto ricorso per l'acquisizione dei servizi informatici al cottimo fiduciario disciplinato dall'art. 125, comma 9, d.lgs. n. 163/2006.

Anche il Regolamento per l'esecuzione in economia dei lavori e servizi di cui s'è dotata l'Unione dei Comuni Adige Guà, sul punto riproduttivo della norma del codice dei contratti richiamata, consentiva il ricorso al cottimo fiduciario senza che, va sottolineato, sia stato impugnato dalla società ricorrente.

Aggiungasi, per definire la cornice normativa entro cui va iscritta la vicenda dedotta in giudizio, che, con determinazione n. 78 del 10.6.2014, atto prodromico della procedura, la stazione appaltante deliberava di procedere nell'ambito del mercato elettronico (nell'acronimo: MePA) ai sensi dell'art. 328 d.P.R. n. 207/2010, invitando la richiesta d'offerta a sette società, selezionate all'interno degli elenchi presenti nel mercato elettronico gestito da Consip.

La procedura d'acquisto MePA tipicizza il procedimento laddove, per quanto qui più rileva, prescrive all'art. 332 d.P.R. n. 207/2010, che "i soggetti da consultare, nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione e parità di trattamento, ai sensi dell'articolo 125, comma 11, del codice, sono individuati sulla base di indagini di mercato, ovvero tramite elenchi aperti di operatori economici...".

Vale a dire che la procedura per l'affidamento dell'appalto, avente ad oggetto un contratto di servizi informatici ricompreso nella piattaforma MePA, s'è uniformata ad un doppio regime: quanto alla disciplina applicabile, a quella prevista per il cottimo fiduciario secondo il regolamento interno, riproduttivo della norma di legge; quanto invece ai soggetti abilitati da invitare alla gara, alla piattaforma dei servizi elettronici.

Sicché, ai sensi dell'art. 332 d.P.R. n. 207/2010, potevano aspirare a divenire aggiudicatari solo gli operatori economici inclusi negli elenchi gestiti dalla Consip.

Procedura che - va sottolineato - in forza del comma 450 della l. n. 296 del 2006 (Legge Finanziaria 2007), come modificato dall'art. 7, comma 2, d.l. n. 52/2012, è divenuta obbligatoria, con la conseguenza che, nell'ambito dei contratti aventi ad oggetto servizi relativi al mercato elettronico, la stazione appaltante era vincolata ad osservare la disciplina dettata dagli artt. 331 e 332 del Regolamento attuativo del codice dei contratti.

Pertanto, solo le imprese ricomprese negli elenchi gestiti dalla Consip, fra le quali non è indicata la società appellante, potevano essere consultate ed aspirare a divenire aggiudicatarie del contratto.

Sicché, contrariamente a quanto supposto nei motivi d'appello, non è affatto ipotizzabile un diritto alla partecipazione esteso a tutti gli operatori del mercato che avrebbe come indefettibile presupposto la pubblicazione di tutti gli atti di gara del cottimo fiduciario.

Affermazioni che collidono frontalmente con la disciplina che governa la procedura seguita dalla stazione appaltante.

Sotto il primo profilo, lungi dal postulare la sussistenza di un diritto alla partecipazione di quanti operano nel mercato elettronico, la normativa applicata circoscrive le imprese da invitare a quelle inserite negli elenchi Consip, fra le quali - ripetesì - non è inclusa l'appellante. Per l'altro, quanto al regime della pubblicità, in ragione del principio di strumentalità delle forme al tipo di procedura, supplisce ai sensi dell'art. 331 d.P.R. n. 207/2010 la disciplina MePA, laddove prevede il necessario utilizzo degli elenchi di operatori già definiti da Consip, gestore del mercato.

Conclusione che offre il destro per affrontare il motivo d'appello incentrato sull'illegittimità della previsione che circoscrive la partecipazione alla selezione ai (soli) fornitori operanti nella provincia di Verona.

La previsione confliggerebbe, secondo l'appellante, con la disciplina nazionale, di scaturigine comunitaria, ostativa all'esclusione delle imprese, aventi titolo ad aspirare all'affidamento dei contratti, non aventi la sede o non operanti nell'ambito di un determinato territorio.

Il motivo è infondato.

È l'oggetto stesso del servizio da effettuarsi in favore della pluralità dei comuni aderenti all'unione, articolato nell'installazione del *software*, nella formazione del personale tecnico ed infine nell'assistenza continuativa del sistema informatico, che ha ragionevolmente indotto la stazione appaltante a privilegiare nell'ambito della piattaforma informatica, del Me Pa, che prevede la possibilità di selezionare gli operatori su base regionale o provinciale, le imprese in grado di offrire tempestivamente le prestazioni richieste.

In definitiva la scelta di selezionare i sette operatori da invitarsi - fra la schiera numericamente indefinita delle ditte operanti nel mercato - su base provinciale risponde ad un'oggettiva esigenza contrattuale del tutto consona al valore del contratto ed al cottimo fiduciario, sì da non prestare il fianco a finalità elusive della concorrenza.

La radicale infondatezza del ricorso consente, ai sensi dell'art. 95, comma 5, c.p.a., di prescindere sia dall'esame dell'eccezione d'inammissibilità dell'appello per mancata notifica al controinteressato appellato - dal momento che l'avvenuta notifica nei confronti dell'amministrazione appellata comporterebbe, ex art. 95, comma 3, c.p.a., l'integrazione del contraddittorio - che dalla richiesta della società appellante, formulata in udienza, di concessione della rimessione nei termini per errore scusabile.

Dall'infondatezza del ricorso consegue altresì l'improcedibilità dell'appello incidentale per difetto sopravvenuto d'interesse.

Le spese di lite del presente grado di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

Commento

La sentenza del Consiglio di Stato n. 3954 del 20 agosto 2015 esamina il caso di una impresa di servizi informatici non iscritta agli elenchi delle imprese abilitate a fare offerte in MePA, che lamentava di non essere stata messa in condizione di competere, mediante invito anche ad essa rivolto o a seguito di pubblicazione di bando aperto a tutte le imprese di settore, ai fini dell'affidamento di un contratto di non modesta entità (euro 199.500).

L'amministrazione aggiudicatrice (un'unione di comuni) aveva, infatti, "scelto" (in realtà, era obbligata a farlo), ai fini del reperimento dell'affidatario, l'ambiente MePA e aveva rivolto richiesta di offerta a 7 imprese abilitate.

Della procedura scelta la ricorrente aveva saputo solo sulla base della determinazione di aggiudicazione pubblicata all'albo pretorio.

Secondo la ricorrente, la scelta del MePA e della limitazione alle imprese ad esso iscritte, violava il principio di massima partecipazione alle gare.

Il Consiglio di Stato, nel rigettare definitivamente, in conformità a quanto aveva fatto il T.A.R., la pretesa della ricorrente, formula alcune affermazioni meritevoli di approfondimento:

1. il ricorso al MePA è obbligatorio per tutte le amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 165/2001, per gare sotto soglia, in forza del comma 450, secondo periodo, dell'art. 1 della l. n. 296/2006 (legge finanziaria 2007), come modificato dall'art. 7, comma 2, d.l. n. 52/2012;
2. ove un'amministrazione aggiudicatrice utilizzi il MePA (perché obbligatorio o conveniente, p. es. istituzioni scolastiche), *"la stazione appaltante è vincolata ad osservare la disciplina dettata dagli artt. 331 e 332 del Regolamento attuativo del codice dei contratti"*;
3. *"ai sensi dell'art. 332 d.P.R. n. 207/2010, potevano aspirare a divenire aggiudicatari solo gli operatori economici inclusi negli elenchi gestiti dalla Consip"*;
4. *"quanto al regime della pubblicità, in ragione del principio di strumentalità delle forme al tipo di procedura, supplisce ai sensi dell'art. 331 d.P.R. n. 207/2010 la disciplina MePA, laddove prevede il necessario utilizzo degli elenchi di operatori già definiti da Consip, gestore del mercato"*;
5. *"la scelta di selezionare i sette operatori da invitarsi - fra la schiera numericamente indefinita delle ditte operanti nel mercato - su base provinciale risponde ad un'oggettiva esigenza contrattuale del tutto consona al valore del contratto ed al cattimo fiducia-*

rio, si da non prestare il fianco a finalità elusive della concorrenza”.

Alcune delle affermazioni contenute nella sentenza (e in parte riportate) appaiono meritevoli di precisazioni, altre risultano senza riserve condivisibili. Tra le seconde, quella della appropriatezza e quindi legittimità della restrizione a livello provinciale, tenuto conto dell'oggetto (servizi informatici dei comuni di una unione *ex art. 32 TUEL*) e del valore economico della gara (euro 199.500), non idoneo a giustificare un interesse ultraprovinciale o nazionale e tantomeno comunitario all'affidamento del contratto.

Tali considerazioni, peraltro, hanno un senso in relazione alla procedura di acquisizione in economia ai sensi dell'art. 125, gestita in modo “tradizionale”, e cioè fuori dal MePA e da altri mercati elettronici, ponendosi il problema delle forme e dell'estensione della pubblicizzazione della gara (profilo informatico dell'amministrazione, Gazzetta Ufficiale, Bollettino Ufficiale della Regione, ecc.), mentre nel caso di gara esperita in ambiente MePA, come si vedrà, essendo questo già un ambiente pubblico e trasparente (vi sono elencate almeno 6000 imprese di ogni parte d'Italia), non si pone un problema di calibratura della pubblicità e del novero e dell'ambito di insistenza territoriale delle imprese, valendo le condizioni e le regole particolari relative a tale ambiente.

Esaminiamo quindi la disciplina MePA e consideriamo le affermazioni formulate dalla sentenza.

Il tema di maggiore interesse è quello del rapporto tra MePA, disciplinato dagli artt. 328, d.P.R. n. 207/2010, e procedure di acquisizione di beni e servizi in economia regolate dagli artt. 329/338, d.P.R. n. 207/2010.

La riflessione deve partire dall'art. 328, comma 4, che così dispone: “*Avvalendosi del mercato elettronico le stazioni appaltanti possono effettuare acquisti di beni e servizi sotto soglia:*

a) attraverso un confronto concorrenziale delle offerte pubblicate all'interno del mercato elettronico o delle offerte ricevute sulla base di una richiesta di offerta rivolta ai fornitori abilitati;

b) in applicazione delle procedure di acquisto in economia di cui al capo II”.

Orbene, la norma è sufficientemente chiara nel distinguere tra procedure in economia *ex artt. 329 e ss.*, d.P.R. n. 207/2010 (lett. *b*) e le procedure tipiche del mondo MePA, quelle che si ritrovano in concreto utilizzabili nel sito del MePA stesso, e cioè le r.d.o. (richieste di offerta), con le quali la stazione appaltante (o punto ordinante - p.o. - nella nomenclatura MePA) e il confronto tra le offerte già formulate e pubblicate dalle imprese inserite nell'elenco dei fornitori MePA.

Ciò sembra comportare che, a differenza di quanto testualmente

affermato dalla sentenza in commento, non sia del tutto condivisibile l'assunto per il quale l'utilizzo del MePA comporta automaticamente l'applicazione dell'art. 331 e dell'art. 332.

Il Consiglio di Stato ha, infatti, letteralmente, statuito: "*nell'ambito dei contratti aventi ad oggetto servizi relativi al mercato elettronico, la stazione appaltante era vincolata ad osservare la disciplina dettata dagli artt. 331 e 332 del Regolamento attuativo del codice dei contratti*".

Sennonché, gli artt. 331 e 332 d.P.R. n. 207/2010 si applicano alle procedure in MePA ove l'amministrazione, in particolare con la determinazione a contrarre di cui all'art. 11, comma 2, d.lgs. n. 163/2006, abbia stabilito che la procedura di affidamento è quella regolata dalla lett. b) dell'art. 328, comma 4, d.P.R. n. 207/2010, e cioè quella espletata in MePA secondo le regole delle procedure in economia (artt. 329/338).

Nel caso, invece, di procedura MePA in base alla lett. a) (confronto tra offerte pubblicate e richieste di offerta), non sembra operare l'automatismo prospettato dalla sentenza, non rinvenendosi norme che consentano l'estensione a tutte le procedure svolte in MePA delle norme sulle procedure di acquisizione in economia.

La norma generale è quella stabilita dal comma 2, secondo periodo, per il quale "*Le procedure telematiche di acquisto mediante il mercato elettronico vengono adottate e utilizzate dalle stazioni appaltanti nel rispetto dei principi di trasparenza e semplificazione delle procedure, di parità di trattamento e non discriminazione*".

Nemmeno dall'art. 335 si desume un'applicazione generale, a tutte le procedure in MePA delle regole sulle acquisizioni in economia. Il secondo comma stabilisce quanto si desumeva già dall'art. 328, comma 4, lett. b), e cioè che "*Al fine di effettuare gli acquisti in economia attraverso strumenti telematici, la stazione appaltante può utilizzare il mercato elettronico di cui all'articolo 328*"; ma tale disposto rafforza la conclusione che nel MePA la procedura è duplice (lett. a) e lett. b), e delle due procedure, una sola è quella delle acquisizioni in economia e ad una sola quindi si applicano integralmente le norme sulle acquisizioni in economia.

Tale considerazione ha rilievo, anzitutto, ai fini della individuazione del numero dei soggetti a cui rivolgere le r.d.o.

Nelle istruzioni relative alle r.d.o. pubblicate il 21 settembre 2015 sul sito di Consip per le procedure da aggiudicare con il criterio dell'offerta più vantaggiosa e al prezzo più basso, si afferma, rispettivamente a pag. 40 e pag. 31, che gli operatori devono essere almeno cinque. Pur non indicando la norma applicata, il riferimento è chiaramente all'art. 125, comma 11, primo periodo, che pone l'obbligo del coinvolgimento almeno di cinque operatori nelle procedure di cottimo, se nello specifico settore su cui verte la procedura.

Senonché, tale norma non sembra avere una valenza generale, dal momento che presuppone comunque l'adozione degli atti generali di individuazione dei settori di applicazione della procedura di cottimo di cui al primo periodo dell'art. 125, comma 10, d.lgs. n. 163/2006 o la sussistenza delle circostanze indicate nel secondo periodo della medesima disposizione. E in ogni caso, non risultano norme che ne consentano l'applicazione alle procedure MePA in via generale.

Vi è un ulteriore indizio della flessibilità della procedura MePA sotto il profilo del numero delle imprese da invitare con r.d.o., che è una delle due soluzioni offerte dall'art. 328, comma 4, lett. a), d.P.R. n. 207/2010.

L'art. 328, comma 5, stabilisce: *"Nel caso siano consultati più fornitori abilitati ..."*

La norma non sembra riferirsi al solo caso in cui non vi siano più operatori nel settore nel quale interviene la procedura, essendo tale ipotesi così rara e comunque negativa da non potersene fare una condizione tale da meritare una norma che la prenda in considerazione in via generale in alternativa ordinaria a quella della sussistenza di più operatori. Sembra, semmai, per il suo carattere generale, esprimere una posizione neutra del "legislatore" rispetto alla scelta dell'amministrazione di rivolgersi ad un operatore.

E ciò, non solo nel caso di gara per contratto avente valore inferiore a euro 40.000, per la quale ipotesi già il codice dei contratti, all'art. 125, comma 11, secondo periodo, ammette l'affidamento diretto, senza nemmeno imporre un'indagine di mercato o la consultazione di elenchi (modalità previste dal primo periodo del medesimo comma 11 dell'art. 125).

È comunque significativo che non vi sia norma di legge e regolamentare che stabilisca in via generale, com'è stato fatto, ad esempio, per il cottimo fiduciario (art. 125, comma 11: cinque operatori) e le procedure negoziate (v. 57, comma 6: tre operatori), il numero minimo di operatori da interpellare e che manchi un richiamo alle norme relative alle predette altre procedure per le quali è stabilito il suddetto numero minimo.

Occorre, a questo punto, verificare se sia compatibile con il sistema l'assunto, che sembra derivare dal quadro normativo quale appena ricostruito, per il quale nel MePA si può contattare anche un solo operatore e comunque anche un numero inferiore a cinque.

La prima considerazione è che il MePA è, di per sé stesso, un ambiente trasparente ed un elenco di fornitori, per giunta abilitati secondo un filtro operato dal gestore del MePA stesso, nel quale individuare operatori in modo per l'appunto trasparente e non discriminatorio.

Si ricorda che, come già detto sopra, nelle procedure in MePA an-

che ai sensi della lett. a) dell'art. 328, comma 4, vale il principio di rotazione e non discriminazione. Ma tali principi si possono riferire al complesso dell'attività dell'amministrazione aggiudicatrice, cosicché gli stessi potranno essere ritenuti rispettati se in un singolo caso l'amministrazione si è rivolta ad un operatore e la volta successiva ad altro, senza contestualmente interpellarne più di uno.

Da ricordare è anche che il comma 2 dell'art. 328 parla di principio di semplificazione.

Vale poi il principio generale di economicità ex art. 1, l. n. 241/1990, da ritenersi operante anche in materia di contratti pubblici ai sensi dell'art. 2, comma 2, d.lgs. n. 163/2006: l'amministrazione aggiudicatrice non potrà spendere più di quanto potrebbe operando con altri fornitori. Tutto rimane del resto tracciabile, in MePA.

Se è possibile, come si ritiene, l'affidamento diretto in MePA a prescindere dal valore del contratto (fino ovviamente alla soglia comunitaria), è a maggior ragione legittimo ricercare il contraente tra operatori di una certa area geografica, come avvenuto nella vicenda che ha portato alla pronuncia in commento.

D'altronde, il Supremo Collegio ha fatto applicazione, sul punto, di un indirizzo consolidato della giurisprudenza comunitaria, per il quale rileva la dimensione territoriale dell'interesse dell'operatore agli effetti della determinazione degli obblighi di pubblicità, per cui se il contratto non presenta motivi di attrazione per l'operatore di area diversa da quella del soggetto ammesso alla gara, è possibile limitare la partecipazione alla gara. In sostanza, rileva l'estensione territoriale dell'interesse economico. Ovvio che si pone un problema di prova dell'estensione dell'interesse medesimo ma sul piano sostanziale è importante sottolineare che ciò che rileva è la dimensione dell'interesse.

E ai fini della determinazione dell'estensione dell'interesse economico sono rilevanti, come ritenuto dalla sentenza in commento, il valore economico, il contenuto e la localizzazione della prestazione, cosicché, considerata la limitazione all'ambito di alcuni comuni della prestazione richiesta, non è illegittimo restringere ad un ambito territoriale di offerta correlato (e non, ovviamente, coincidente) con la prestazione da rendere.