

Anche nel mercato elettronico degli appalti pubblici deve essere sempre garantito il rispetto del principio della tutela della concorrenza

di Marco Natoli

Data di pubblicazione: 31-10-2018

Anche quando la stazione appaltante è obbligata a scegliere operatori economici presenti sul mercato elettronico essa non è esonerata dall'obbligo di esperire una indagine esplorativa o, almeno, di indicare i criteri utilizzati per la scelta degli operatori;

Il compimento dell' indagine esplorativa tende ad evitare che anche il ricorso a cataloghi del mercato elettronico o standardizzati, in uso presso le stazioni appaltanti, presti il fianco all'aggiramento dei principi atti ad assicurare imparzialità, trasparenza, e "par condicio" tra gli operatori economici, quando pure qualificati e iscritti in detti elenchi, con la scelta di eventuali operatori "graditi" da invitare finanche in tali elenchi.

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2169 del 2018, proposto dal Ministero dell'Interno, in persona del Ministro *pro tempore*, e dall'Ufficio Territoriale del Governo Lecce, in persona del Prefetto *pro tempore*, e dall'Ufficio Territoriale del Governo di Bari, in persona del Prefetto *pro tempore*, tutti rappresentati e difesi *ex lege* dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici sono domiciliati in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

contro

Comune di Minervino di Lecce, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocato Oronzo Marco Calsolaro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e con domicilio eletto presso lo studio dell'Avvocato Ugo Luca Savio De Luca in Roma, via F. Rosazza, n. 32;
CSI Group s.r.l.s., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza n. 1949 dell'11 dicembre 2017 del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sezione staccata di Lecce, sezione seconda, resa tra le parti, concernente la legittimità della procedura di gara seguita dal Comune di Minervino di Lecce quale beneficiario del finanziamento per la ristrutturazione e per l'ampliamento delle strutture di servizio esclusivamente preposte all'accoglienza dei migranti.

visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Minervino di Lecce;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 settembre 2018 il Consigliere Massimiliano Noccelli e uditi per il Comune di Minervino di Lecce, odierno appellato, l'Avvocato Francesco Mangazzo su delega dichiarata dell'Avvocato Oronzo Marco Calsolaro e per le pubbliche amministrazioni appellanti l'Avvocato dello Stato Giulio Bacosi;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Comune di Minervino di Lecce, odierno appellato, è stato selezionato dal Ministero dell'Interno, a seguito di manifestazione di interesse nel 2011, quale beneficiario di un finanziamento a valere sul Programma Operativo Nazionale sicurezza per lo sviluppo-obiettivo convergenza 2007-2013 (di qui in avanti PON) per la ristrutturazione e l'ampliamento delle strutture di servizio esclusivamente preposte all'accoglienza degli immigrati, avendo presentato, in fase di candidatura, un progetto per la realizzazione di un centro polifunzionale.

1.1. Tale progetto è stato ammesso a finanziamento e l'odierno appellato si è impegnato, a fronte della concessione delle risorse occorrenti, al rispetto delle disposizioni eurounitarie e nazionali nonché di quelle specifiche del PON in materia di contratti pubblici.

1.2. Dopo l'esecuzione del primo contratto, avente ad oggetto un intervento di ristrutturazione, il Comune ha trasmesso al Ministero dell'Interno, per l'approvazione, la documentazione di una successiva gara, esperita sul mercato elettronico, per l'acquisizione della fornitura delle attrezzature *hardware* e *software* per complessivi € 93.513,00 (IVA inclusa).

1.3. Con il provvedimento prot. n. 18337 del 18 novembre 2016 il Ministero dell'Interno ha stabilito di non ammettere il finanziamento e di non approvare tale contratto di fornitura.

1.4. Detto provvedimento è stato annullato dal Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sezione staccata di Lecce, con la sentenza n. 167 del 2017, per un vizio procedimentale, inerente alla violazione dell'art. 10-*bis* della l. n. 241 del 1990.

1.5. Con il successivo provvedimento prot. n. 3955 del 10 marzo 2017 il Ministero dell'Interno, rilevati gli stessi esiti istruttori, ha confermato l'esito del provvedimento, negando l'ammissione al finanziamento.

2. Avverso tale secondo provvedimento il Comune di Minervino di Lecce ha proposto ricorso avanti al Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sezione staccata di Lecce, e ne ha chiesto, previa sospensione, l'annullamento.

2.1. Nel primo grado del giudizio si è costituito il Ministero dell'Interno per resistere al ricorso, di cui ha chiesto la reiezione.

2.2. Con l'ordinanza n. 232 del 10 maggio 2017 il primo giudice, accogliendo l'istanza cautelare del Comune, ha sospeso gli effetti del provvedimento impugnato, ma tale ordinanza è stata riformata da questo Consiglio di Stato, in sede di appello cautelare, con l'ordinanza n. 3699 dell'8 settembre 2017.

2.3. Infine, con la sentenza n. 1949 dell'11 dicembre 2017, il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sezione staccata di Lecce, ha accolto il ricorso e ha annullato il provvedimento ministeriale impugnato in prime cure.

3. Avverso tale sentenza ha proposto appello il Ministero dell'Interno e ne ha chiesto, previa sospensione dell'esecutività ai sensi dell'art. 98 c.p.a., la riforma, con la conseguente reiezione del ricorso proposto in primo grado.

3.1. Si è costituito il Comune di Minervino di Lecce per chiedere la reiezione dell'appello.

3.2. Con l'ordinanza n. 1702 del 18 aprile 2018 è stata accolta l'istanza di sospensione proposta dal Ministero appellante ai sensi dell'art. 98 c.p.a. ed è stata fissata per la discussione l'udienza pubblica del 27 settembre 2018.

3.3. Infine, nell'udienza pubblica del 27 settembre 2018, il Collegio, sentiti i difensori delle parti, ha trattenuto la causa in decisione.

4. L'appello proposto dal Ministero dell'Interno è fondato.

4.1. Il primo giudice ha ritenuto che sarebbe illegittima la pretesa, da parte del Ministero dell'Interno, di imporre alle stazioni appaltanti, quale condizione per indire una procedura negoziata con richiesta di offerta sul mercato elettronico, di avviare una indagine di mercato formalizzata tramite avviso pubblico pubblicato sul profilo del committente.

4.2. Si tratterebbe, ad avviso del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sezione staccata di Lecce, di uno sdoppiamento irragionevole, contrario ai principi di economicità ed

efficacia e in contrasto con la previsione stessa del mercato elettronico, che è sistema il quale attua procedure di scelta del contraente interamente gestite per via telematica, ai sensi dell'art. 36, comma 6, del d. lgs. n. 50 del 2016.

5. La tesi del primo giudice non può essere condivisa.

5.1. Il provvedimento ministeriale, impugnato in primo grado, ha infatti *«richiesto l'evidenza dell'indizione di una selezione finalizzata alla formazione di un elenco di fornitori, ma di una indagine esplorativa di mercato preliminare alla selezione così come richiesto dalla norma di riferimento, ovvero l'evidenza dei criteri utilizzati per la scelta dei fornitori da un albo di operatori economici in uso presso la stazione appaltante»*.

5.2. Anche quando la stazione appaltante è obbligata a scegliere operatori economici presenti sul mercato elettronico, come è nel caso di specie (circostanza, questa, non contestata dallo stesso Ministero appellante), essa non è esonerata dall'obbligo di esperire una indagine esplorativa o, almeno, di indicare i criteri utilizzati per la scelta degli operatori, non potendosi distinguere tale ipotesi, come ha sostenuto l'odierna appellata nel ricorso proposto in primo grado (p. 23-25 del ricorso), da quella nella quale il ricorso al mercato elettronico e alla procedura interamente telematica gestita da Consip sia facoltativo per la stazione appaltante.

5.3. Evidente è, infatti, che in entrambe le ipotesi, per usare le parole stesse del Comune nel ricorso di primo grado, in assenza di criteri di scelta predeterminati non vi sia nessuna garanzia di imparzialità della scelta medesima, ben potendo la singola stazione appaltante invitare alla gara solo alcuni operatori perché, in ipotesi, più graditi e non invece quelli in grado di fornire le migliori garanzie nell'esecuzione della commessa nell'interesse pubblico.

5.4. Le stesse Linee Guida n. 4 dell'ANAC, approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016 e aggiornate al d. lgs. n. 56 del 19 aprile 2017 con la delibera n. 206 del 1° marzo 2018, hanno chiarito, al punto 5.1.1., lett. c), che le stazioni appaltanti possano dotarsi, nel rispetto del proprio ordinamento, di un regolamento in cui vengano disciplinati, tra gli altri, i criteri di scelta dei soggetti da invitare a presentare offerta a seguito di indagine di mercato o attingendo all'elenco degli operatori economici propri o da quelli presenti nel mercato elettronico delle pp.aa. o altri strumenti similari gestiti dalle centrali di committenza di riferimento.

5.5. L'opportunità di indicare almeno tali criteri risponde all'esigenza di evitare che il ricorso al mercato elettronico, sia esso facoltativo o, come in questo caso, obbligatorio per le stazioni appaltanti, si presti comunque a facili elusioni della concorrenza, poiché la stazione appaltante deve selezionare, in modo non discriminatorio, gli operatori da invitare, in numero proporzionato all'importo e alla rilevanza del contratto e, comunque, in numero almeno pari a cinque, sulla base dei criteri definiti nella determina a contrarre ovvero nell'atto equivalente.

5.6. Si vuole così evitare che anche il ricorso a cataloghi del mercato elettronico o standardizzati, in uso presso le stazioni appaltanti, presti il fianco all'aggiramento dei principi atti ad assicurare imparzialità, trasparenza, e *par condicio* tra gli operatori economici, quando pure qualificati e iscritti in detti elenchi, con la scelta di eventuali operatori "graditi" da invitare

finanche in tali elenchi.

5.7. Ora, nel caso di specie, né l'una né l'altra modalità di preselezione (indagine di mercato o indicazione dei criteri selettivi) è stata posta in essere dal Comune appellato in quanto né la determina a contrarre né alcun altro atto del Comune stesso hanno evidenziato con esattezza i criteri di scelta dei cinque operatori presenti sul mercato elettronico.

5.8. Né giova al Comune appellato opporre, da ultimo nella propria memoria difensiva depositata il 26 luglio 2018, che esso avrebbe indicato nella determina a contrarre o nel capitolato allegato i criteri di selezione perché, diversamente da quanto esso afferma, nessun criterio di selezione è stato indicato per individuare gli operatori economici da invitare, rinvenendosi in tali atti e, in particolar modo, nel capitolato d'oneri solo l'oggetto e l'importo dell'appalto, i tempi e i luoghi di consegna, i soggetti ammessi e i requisiti di ammissione (art. 4: «*sono ammessi a partecipare alla procedura i soli soggetti invitati alla presente RDO, in quanto iscritti negli elenchi di cui al ME.PA CONSIP Bandi: Hardware, Software e Servizi ICT (ICT 2009)*»), con una formulazione, ancora una volta, all'evidenza generica e tautologica perché rinvia al ME.PA), i criteri di aggiudicazione, le modalità di presentazione delle offerte, le modalità di verifica dei requisiti e gli oneri e gli obblighi a carico del fornitore.

6. Ne deriva che la procedura seguita dal Comune, non conforme alla normativa vigente, non consentiva il finanziamento, come ha ritenuto il Ministero dell'Interno, il cui provvedimento di diniego, impugnato in primo grado, va quindi esente da ogni censura sollevata nel presente giudizio.

7. Di qui, per le ragioni esposte, la riforma della sentenza impugnata, con il conseguente rigetto del ricorso proposto in primo grado dal Comune di Minervino di Lecce.

8. Le spese del doppio grado del giudizio, per la novità e la particolarità delle questioni trattate, possono essere interamente compensate tra le parti.

9. Il Comune di Minervino di Lecce, comunque soccombente nel merito, deve essere condannato a corrispondere il contributo unificato richiesto per la proposizione dell'appello da parte del Ministero dell'Interno.

9.1. Rimane definitivamente a carico del Comune, sempre per la sua soccombenza, il contributo unificato richiesto per la proposizione del ricorso in primo grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come proposto dal Ministero dell'Interno, lo accoglie e per l'effetto, in integrale riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso proposto in primo grado dal Comune di Minervino di Lecce.

Compensa interamente tra le parti le spese del doppio grado del giudizio.

Pone definitivamente a carico del Comune di Minervino di Lecce il contributo unificato richiesto per la proposizione del ricorso in primo grado.

Condanna il Comune di Minervino di Lecce a corrispondere il contributo unificato richiesto per la proposizione dell'appello da parte del Ministero dell'Interno.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 27 settembre 2018, con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Umberto Realfonzo, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere, Estensore

Giovanni Pescatore, Consigliere

Solveig Cogliani, Consigliere

Guida alla lettura

La sentenza in esame assume rilevanza in quanto la stessa tende ad evidenziare come il rispetto dei principi della tutela della concorrenza e del connesso *favor participationis* di tutti gli operatori economici deve essere realizzato nelle scelte del contraente, anche nel settore del mercato elettronico.

Infatti il Consiglio di Stato, con la pronuncia in argomento, ha voluto rimarcare come la procedura ordinaria e la procedura elettronica, a cui possono, e in determinati casi, devono ricorrere le stazioni appaltanti, siano obbligate a rispettare i canoni individuati dalle direttive europee sugli appalti pubblici e, nel contesto nazionale, applicare i principi trasfusi nel d.lgs. 50/2016.

Sul punto il supremo Consesso è intervenuto in modo chiaro ed esplicito affermando che *“ quando la stazione appaltante è obbligata a scegliere operatori economici presenti sul mercato elettronico, come è nel caso di specie..... essa non è esonerata dall'obbligo di esperire una indagine esplorativa o, almeno, di indicare i criterî utilizzati per la scelta degli operatori.*

I principi suesposti sono rafforzati dall'avvenuta pubblicazione, da parte dell'ANAC, delle

proprie Linee Guida n.4, di attuazione del Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recanti *“Procedure per l’affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici”*. In particolare tali atti ricordano che tutte le stazioni appaltanti, sia nei casi in cui siano obbligate o quando siano libere di ricorrere al mercato elettronico, devono dotarsi preventivamente di un regolamento finalizzato ad indicare le modalità da seguire nel compimento delle indagini di mercato e nella scelta dei soggetti

A tal proposito si evidenzia che il rispetto dei soprarichiamati principi comunitari in materia di appalti pubblici viene altresì garantito dal fatto che la stazione appaltante dovrà rigorosamente attenersi al compimento di quanto prescritto dall’articolo 36, comma 2, lett.B) del suddetto codice, che richiama l’istituto dell’indagine di mercato nel settore dei contratti sotto soglia.

Quanto detto induce a ritenere che il ricorso alla sopra richiamata indagine di mercato possa in qualche modo permeare di trasparenza e di chiarezza i casi in cui si faccia ricorso alla procedura telematica che, a prima vista, considerato l’elevato requisito altamente tecnico, potrebbe manifestarsi come scevra da vizi ed infiltrazioni di vario grado.

Ciò trova riscontro nella posizione assunta dalla sezione del Consiglio di Stato, a detta della quale si vuole evitare che *“ anche il ricorso a cataloghi del mercato elettronico o standardizzati, in uso presso le stazioni appaltanti, presti il fianco all’aggiramento dei principî atti ad assicurare imparzialità, trasparenza, e “par condicio” tra gli operatori economici, quando pure qualificati e iscritti in detti elenchi, con la scelta di eventuali operatori “graditi” da invitare finanche in tali elenchi”*.

In conclusione il supremo Consesso, nel rigettare la sentenza del giudice di primo grado che, a sua volta, aveva sanzionato l’obbligatorietà dell’esperienza dell’indagine di mercato anche nell’ambito delle gare Mepa, afferma che, nel caso in argomento, non si è verificato uno sdoppiamento irragionevole della procedura. Peraltro, sempre a detta della sezione, non si è neppure realizzato un appesantimento della stessa procedura, con l’imposizione del necessario compimento dell’ indagine di mercato.

Al contrario, come ricordato, quanto sancito dal giudice di secondo grado risponde alla tutela dei richiamati principi di tutela della concorrenza e del *favor participationis*, con il contestuale rispetto dei criteri di economicità e di efficacia del medesimo procedimento attraverso le modalità previste dall’articolo 36, comma 6, del d.lgs. n.50 del 2016.