

# Mercato elettronico della Pubblica Amministrazione: obbligo o facoltà di ricorrervi? Un sintetico quadro riepilogativo

di Paolo Fontana

Data di pubblicazione: 19-9-2019

- I. Breve premessa: il Mercato elettronico della Pubblica Amministrazione.
- II. Obbligo o facoltà di ricorso al MePA? Il cuore del problema.
- III. Ambito soggettivo di applicazione dell'obbligo di ricorso al MePA.
- IV. Ambito oggettivo di applicazione dell'obbligo di ricorso al MePA.
- V. L'art. 36 del Codice dei contratti pubblici e la disciplina del MePA: complementarietà o antinomia?
- VI. La soluzione al quesito: l'art. 37 del Codice dei contratti pubblici.

*Le opinioni dell'Autore sono espresse a titolo personale e pertanto non impegnano in alcun modo l'Autorità di appartenenza*

## **I. Breve premessa: il Mercato elettronico della Pubblica Amministrazione.**

Come ben sanno gli addetti ai lavori, il Mercato elettronico della Pubblica Amministrazione (di seguito, per brevità, "MePA") è una piattaforma telematica gestita da Consip, attraverso cui le P.A. possono acquistare beni e servizi (oltreché lavori di manutenzione) dai fornitori registrati sul sistema.

L'utilizzo del MePA, come alternativa all'espletamento di autonome procedure di gara, consente alle P.A. di ottenere un duplice risparmio: di tempo e di denaro.

La procedura di acquisto di beni e/o servizi sul MePA si compone di tre fasi distinte: (i) la prima fase consiste nella pubblicazione dei bandi da parte di Consip; (ii) nella seconda fase i fornitori a ciò interessati possono accreditarsi sul sistema; (iii) nella terza fase le P.A. procedono ai rispettivi approvvigionamenti mediante i vari strumenti di negoziazione e di acquisto offerti dal portale, ad esempio attraverso richieste di offerta (di seguito, per brevità, "RdO"), ordini di acquisto o trattative dirette.

L'istituzione (e il progressivo potenziamento) del MePA si inserisce in una più generale tendenza alla riduzione dei centri di spesa delle P.A., a propria volta finalizzata a soddisfare la sempre più pregnante esigenza di ridurre i costi di funzionamento dell'amministrazione pubblica.

A seguito di una stima che quantificava le stazioni appaltanti in oltre 30mila unità, preso atto che questa situazione portava a comportamenti di acquisto disomogenei e frammentati, con il d.l. n. 66/2014 il legislatore ha istituito un elenco di 35 soggetti aggregatori, tra i quali rientra anche Consip in qualità di centrale acquisti della P.A. a livello nazionale (oltre ad altri soggetti aggregatori operanti esclusivamente in ambito regionale o comunque locale).

Tale operazione di coordinata e sistemica aggregazione della spesa mirava ad ottenere vantaggi come la creazione di economie di scala e l'implementazione di maggiori livelli di trasparenza e controllo.

Consip (come gli altri soggetti aggregatori, ciascuno nel rispettivo ambito territoriale) ha il compito di aggregare i fabbisogni delle P.A. e di gestire le relative procedure di approvvigionamento con particolare riferimento a specifiche aree merceologiche, individuate dal legislatore con una serie di dpcm (l'ultimo in ordine di tempo è il dpcm 16 luglio 2018): per assolvere a tale funzione, mette a disposizione delle P.A. una serie di strumenti di negoziazione e/o di acquisto, tra i quali (appunto) rientra il MePA.

## **II. Obbligo o facoltà di ricorso al MePA? Il cuore del problema.**

Premessi questi brevi cenni sul funzionamento del Mercato elettronico della Pubblica Amministrazione e sull'attività di Consip, è utile interrogarsi su uno dei principali problemi con cui le P.A. sono chiamate a confrontarsi nella loro quotidiana operatività: in quali casi l'utilizzo del MePA (o comunque, per le amministrazioni periferiche, degli strumenti di acquisto e negoziazione messi a disposizione dai soggetti aggregatori operanti nei rispettivi ambiti territoriali) è obbligatorio? In quali altri casi, invece, le P.A. mantengono la possibilità di espletare procedure di gara (o, se del caso, di procedere ad affidamenti diretti) in piena autonomia?

## **III. Ambito soggettivo di applicazione dell'obbligo di ricorso al MePA.**

La normativa in materia è piuttosto complessa ed affastellata (non a caso Consip mette a disposizione sul proprio sito web una tabella riepilogativa dei casi di facoltà e/o di obbligo di ricorso al MePA, peraltro anch'essa di non molto agevole lettura).

Quale necessaria premessa, si precisa che - ovviamente - è possibile parlare di obbligo di ricorso al Mercato elettronico della Pubblica Amministrazione solamente con riferimento all'acquisto di quei prodotti che sul MePA siano effettivamente disponibili; non tutti i beni e i servizi, infatti, sono disponibili sul Mercato elettronico della Pubblica Amministrazione.

Ciò premesso, occorre innanzitutto evidenziare che il perimetro applicativo degli obblighi di ricorso al MePA è (i) soggettivamente ed (ii) oggettivamente variabile.

Dal punto di vista soggettivo, l'obbligo di ricorso al MePA (ovvero, a seconda dei casi, agli altri mercati elettronici messi a disposizione dalle centrali di acquisto regionali) è previsto in via generale dall'art. 1, comma 450, legge n. 296/2006, per (i) le amministrazioni statali centrali e periferiche ad esclusione degli istituti e delle scuole di ogni ordine e grado, delle istituzioni educative e delle istituzioni universitarie, (ii) gli enti pubblici nazionali di previdenza e assistenza sociale pubblici, (iii) le agenzie fiscali e (iv) le autorità indipendenti.

Senonché, l'obbligo di utilizzo dei mercati elettronici si attegga diversamente per ciascuna delle varie tipologie di P.A. che vi sono soggette.

In altre parole, una volta chiarito che una determinata P.A. sia *astrattamente* soggetta all'obbligo di ricorso al MePA, occorre verificare se essa lo sia anche *in concreto*. Viene quindi in considerazione il secondo livello di 'scrematura' che deve essere operato per una puntuale definizione del perimetro applicativo dell'obbligo in parola: quello oggettivo.

#### **IV. Ambito oggettivo di applicazione dell'obbligo di ricorso al MePA.**

Dal punto di vista oggettivo, l'obbligo di ricorrere al MePA opera diversamente a seconda dell'importo di acquisto.

Più precisamente, occorre evidenziare che l'art. 1, comma 450, legge n. 296/2006 (così modificato dall'art. 1, comma 30, legge n. 145/2018) stabilisce in via generalizzata che l'obbligo di ricorso al MePA operi per tutti gli acquisti di importo superiore ai 5.000 € (in precedenza la soglia minima era fissata all'importo di 1.000 €).

Ciò comporta che per tutti gli acquisti di importo inferiore a 5.000 € le P.A. sono libere di

procedere autonomamente, senza dover necessariamente fare ricorso ai mercati elettronici messi a disposizione dai soggetti aggregatori.

Per quanto concerne invece le commesse di importo superiore a 5.000 €, occorre muovere un'ulteriore distinzione a seconda che l'acquisto superi o meno la soglia di rilevanza comunitaria (ovvero, per le categorie merceologiche individuate dal dpcm 16 luglio 2018, recante "*individuazione delle categorie merceologiche, ai sensi dell'articolo 9, comma 3, del decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 luglio 2014, n. 89*", la diversa soglia eventualmente ivi indicata).

Per gli acquisti sopra-soglia, quale regola generale le P.A. non avranno mai l'obbligo di ricorrere al MePA; al più, a seconda della tipologia di amministrazione procedente, esse potranno avere l'obbligo oppure la semplice facoltà di ricorrere ad altri strumenti messi a disposizione da Consip quali le Convenzioni o gli Accordi-quadro. Volendo esemplificare, si consideri l'ipotesi di un servizio di *facility management* di importo sopra-soglia: qualora la P.A. procedente sia un'autorità indipendente, essa avrà (non già l'obbligo), ma la mera facoltà) di ricorrere alle Convenzioni Consip o agli Accordi-quadro Consip eventualmente disponibili, dovendo invece fare obbligatoriamente ricorso a tali strumenti nel caso di una fornitura di energia elettrica.

Viceversa, per gli acquisti di importo superiore a 5.000 € ma inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria la regola generale è quella per cui le P.A. sono obbligate a ricorrere al MePA (o comunque agli altri mercati elettronici messi a disposizione dalle centrali di committenza regionali), seppur (come è ovvio) limitatamente alle categorie merceologiche ivi disponibili.

## **V. L'art. 36 del Codice dei contratti pubblici e la disciplina del MePA: complementarietà o antinomia?**

Tutto così semplice? Non proprio.

A complicare il quadro interviene l'art. 36 del Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50/2016.

Facciamo un passo indietro: si è anticipato che - con riferimento agli acquisti di beni o servizi disponibili sul Mercato elettronico della Pubblica Amministrazione e aventi un importo compreso tra 5.000 € e le soglie di rilevanza comunitaria (ovvero, per le categorie merceologiche individuate dal dpcm 16 luglio 2018, le diverse soglie eventualmente ivi indicate) - ai sensi dell'art. 1, comma 450, legge n. 296/2006, le P.A. sono tenute a ricorrere al

MePA, non potendo procedere ad affidamenti diretti in autonomia e/o a bandire autonome procedure di gara.

Fin qui, *nulla quaestio*.

Senonché, un'apparente (o reale?) contraddizione emerge dalla lettura dell'art. 36, comma 2, lettere a) e b), d.lgs. n. 50/2016, secondo cui le stazioni appaltanti possono procedere (i) agli acquisti di importo inferiore a 40.000 € mediante affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici, nonché (ii) alle commesse di importo compreso tra 40.000 € e le soglie di rilevanza comunitaria mediante affidamento diretto "previa valutazione di tre preventivi, ove esistenti, per i lavori, e, per i servizi e le forniture, di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici".

A ben vedere, con esclusivo riferimento alle commesse di importo inferiore ai 40.000 €, l'art. 36, comma 2, lett. a), d.lgs. n. 50/2016, che autorizza gli affidamenti diretti senza previo confronto competitivo, sembrerebbe compatibile con l'art. 1, comma 450, legge n. 296/2006, che impone il ricorso al Mercato elettronico della Pubblica Amministrazione: ciò in quanto il MePA - oltre al tipico strumento della "RdO" - mette a disposizione anche lo strumento della "trattativa diretta", che permette di negoziare con un solo fornitore le condizioni di acquisto.

Al contrario, la contraddizione emerge in tutta la sua nitidezza con riferimento agli acquisti superiori a 40.000 € e inferiori alle soglie di rilevanza comunitaria: come si può infatti conciliare l'obbligo di ricorso al Mercato elettronico della Pubblica Amministrazione (di cui all'art. 1, comma 450, legge n. 296/2006) con la possibilità di procedere all'affidamento diretto "previa valutazione di tre preventivi, ove esistenti, per i lavori, e, per i servizi e le forniture, di almeno cinque operatori economici" (di cui all'art. 36, comma 2, lett. b), d.lgs. n. 50/2016), posto che l'attuale configurazione del MePA non mette a disposizione strumenti che consentano di filtrare e mettere a raffronto più offerte negoziando contemporaneamente con una pluralità di fornitori?

Analizziamo le varie opzioni messe a disposizione dal Mercato elettronico della Pubblica Amministrazione.

In primo luogo, lo strumento della "trattativa diretta" consente di negoziare un'offerta con un solo operatore e pertanto preclude qualsiasi possibilità di confronto migliorativo tra più proposte.

In secondo luogo, anche l'ordine diretto da catalogo non permette alcun raffronto tra più offerte omogenee.

In terzo luogo, sebbene l'espletamento di una RdO consenta astrattamente di invitare alla procedura solamente cinque operatori, si tratta certamente di uno strumento che non è suscumbibile nella fattispecie di "affidamento diretto" contemplata dall'art. 36 del Codice.

Con riferimento alle commesse di importo compreso tra 40.000 € e le soglie di rilevanza

comunitaria, sembrerebbe quindi profilarsi un'antinomia tra (i) l'obbligo di ricorso al MePA di cui all'art. 1, comma 450, legge n. 296/2006 e (ii) la possibilità di procedere all'affidamento diretto previa valutazione di tre o cinque operatori economici di cui all'art. 36, d.lgs. n. 50/2016.

Non soccorre sul punto il criterio ermeneutico di risoluzione delle antinomie fondato sul principio di specialità, posto che non è affatto pacifico quale delle due norme possa essere considerata *speciale* rispetto all'altra; né sembra di grande aiuto il criterio cronologico, posto che entrambe le disposizioni sono il frutto di plurime interpolazioni, modifiche e integrazioni. Ancora, a esiti non scontati rischierebbe di condurre l'applicazione del criterio teleologico, atteso che le due norme rispondono a due finalità di rango altrettanto elevato, entrambe considerate dal legislatore tra le proprie priorità: (i) l'una all'esigenza di ridurre i centri di spesa e quindi i costi a carico dell'erario e (ii) l'altra alla necessità di flessibilità dell'azione amministrativa.

## **VI. La soluzione al quesito: l'art. 37 del Codice dei contratti pubblici.**

Fortunatamente, per la soluzione al nostro quesito non occorre addentrarsi in alcuna rischiosa attività interpretativa: è infatti il legislatore a prevedere espressamente un ordine di priorità in favore della norma che impone di ricorrere al MePA.

L'art. 37, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, prevede infatti che *"per gli acquisti di forniture e servizi di importo superiore a 40.000 euro e inferiore alla soglia di cui all'articolo 35, nonché per gli acquisti di lavori di manutenzione ordinaria d'importo superiore a 150.000 euro e inferiore a 1 milione di euro"* le stazioni appaltanti in possesso della necessaria qualificazione procedano mediante gli *"strumenti telematici di negoziazione messi a disposizione dalle centrali di committenza qualificate secondo la normativa vigente"*, specificando che *"in caso di indisponibilità di tali strumenti anche in relazione alle singole categorie merceologiche"* le P.A. possono operare in autonomia secondo le procedure previste dal Codice (i.e. mediante affidamento diretto previa valutazione di tre o cinque operatori economici).

In buona sostanza, è lo stesso legislatore a specificare che le procedure di affidamento previste dal Codice si applicano (paradossalmente) in via residuale rispetto alle fattispecie di acquisto suscettibili di essere concluse utilizzando gli strumenti messi a disposizione dai mercati elettronici.

Inoltre, il comma 1 del medesimo art. 37 conferma altresì il carattere ancillare dell'art. 36 del Codice rispetto all'art. 1, comma 450 della legge n. 296/2006 con riferimento agli acquisti di importo inferiore a 40.000 €, prevedendo che tali commesse possano essere affidate direttamente e autonomamente dalle stazioni appaltanti *"fermi restando gli obblighi di utilizzo di strumenti di acquisto e di negoziazione, anche telematici, previsti dalle vigenti disposizioni in materia di contenimento della spesa"*.

Giungendo al termine di questa nostra disamina, possiamo quindi trarre le seguenti conclusioni: (i) le commesse di importo inferiore a 5.000 € possono essere affidate dalle stazioni appaltanti mediante affidamenti diretti in piena autonomia; (ii) gli acquisti di importo superiore a 5.000 € ma inferiore a 40.000 € possono essere conclusi mediante affidamento diretto da parte della stazione appaltante in piena autonomia solamente ove abbiano ad oggetto beni o servizi non disponibili sul Mercato elettronico della Pubblica Amministrazione, mentre in caso contrario l'affidamento diretto non potrà essere autonomo e dovrà essere concluso mediante lo strumento della "*trattativa diretta*" messo a disposizione dal MePA oppure mediante il diverso strumento dell'ordine a catalogo; (iii) le commesse di importo compreso tra 40.000 € e le soglie di rilevanza comunitaria possono anch'esse essere aggiudicate in autonomia soltanto qualora riguardino beni o servizi non disponibili sul Mercato elettronico della Pubblica Amministrazione, mentre in caso contrario sarà obbligatorio l'utilizzo del MePA, che tuttavia non mette a disposizione alcuno strumento in grado di consentire affidamenti diretti preceduti da un'informale negoziazione contemporanea di più offerte, potendosi al più ricorrere all'opzione della RdO, che però va intesa come un procedimento di scelta del contraente con tutti i crismi e non sussumibile - neppure in senso lato - entro la fattispecie dell'affidamento diretto; (iv) per gli acquisti di importo superiore alle soglie di rilevanza comunitaria non si fa ricorso al MePA, potendosi al più essere l'obbligo ovvero la mera facoltà - a seconda della tipologia di amministrazione procedente e della categoria merceologica a cui appartiene il bene o il servizio acquistato - di ricorrere ad altri strumenti di negoziazione e di acquisto messi a disposizione da Consip e dagli altri soggetti aggregatori, quali le Convenzioni e gli Accordi-quadro.