CONSIGLIO NAZIONALE DEGLI INGEGNERI
23/10/2017 U-rsp/7656/2017

CONSIGLIO NAZIONALE
DEGLI INGEGNERI

presso il
Ministero della Giustizia

Circ. n. 133/XIX Sess

Ai Presidenti degli
Ordini territoriali degli Ingegneri
Loro Sedi

Oggetto: D.Lgs. 56/2017. Trasmissione documento elaborato dal Dipartimento Centro Studi della Fondazione del Consiglio Nazionale Ingegneri titolato "Non obbligatorietà e inapplicabilità del ricorso ai mercati elettronici per l'affidamento dei servizi di ingegneria ed architettura dopo le modifiche all'art. 36 del Codice dei Contratti (D.Lgs. 50/2016)"

Caro Presidente,

con la presente si trasmette in allegato il documento elaborato dal Dipartimento Centro Studi della Fondazione del Consiglio Nazionale Ingegneri, dal titolo *"Non obbligatorietà del ricorso ai mercati elettronici per l'affidamento dei servizi di ingegneria ed architettura dopo le modifiche all'art. 36 del Codice dei Contratti (D.Lgs. 50/2016)"*.

Il documento offre un'accurata analisi circa il funzionamento dei mercati elettronici, con particolare riferimento a quello della Pubblica Amministrazione (cd. MEPA), ed approfondisce la materia alla luce della peculiare disciplina dei servizi di ingegneria ed architettura.

Nello specifico, viene analizzata la questione relativa alla non obbligatorietà del ricorso ai mercati elettronici per l'affidamento dei servizi di ingegneria ed architettura nella fase precedente e successiva alle modifiche apportate dal Decreto Correttivo (D.Lgs.56/2017) all'art. 36 del Codice dei Contratti (D.lgs. 50/2016).

Il documento esamina *in primis* le tre distinte modalità procedurali attraverso le quali può avvenire l'acquisto di beni e servizi sul MEPA, ovvero **l'ordine di acquisto (o.d.a.)**, la **richiesta di offerta (r.d.a.)** e la **trattativa diretta**. Il documento, poi, illustra il ricorso agli strumenti di acquisto e/o negoziazione elettronici nel regime normativo previgente al D.Lgs. 50/2016, e pone in evidenza che tale ricorso, anche prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice dei Contratti, non rappresentava un obbligo assoluto, ma era limitato a determinate condizioni.

Lo studio evidenzia che **l'art. 36, comma 6 del Codice dei contratti nella sua attuale formulazione, nella parte in cui prescrive la sola facoltà dei soggetti aggiudicatori di ricorrere ai mercati elettronici (ivi incluso il MEPA), ha abrogato le norme che prescrivono l'obbligatorio prioritario ricorso a detti mercati**.

via XX Settembre, 5
00187 Roma, Italy
tel. +39 06 6976701
segreteria@cni-online.it
segreteria@ingpec.eu
www.tuttoingegnere.it

In ogni caso, come meglio esplicitato nel testo, **l'ambito oggettivo di operatività del principio del ricorso ai mercati elettronici soffre alcune limitazioni collegate alla particolare natura dei beni e/o servizi oggetto di affidamento** ed **i servizi di progettazione (in generale i servizi intellettuali), in quanto servizi non standardizzati**, ma il cui contenuto è plasmato dall'esigenza di risolvere le problematiche legate alle richieste ed esigenze del caso specifico e che, pertanto, **non possono essere oggetto di strumenti di negoziazione elettronica.**

Confidiamo che il Tuo Ordine provveda a pubblicizzare la presente Circolare comunicandola a tutti gli iscritti, in modo che gli interessati possano visionare il documento.

Si rimanda alla lettura integrale del documento allegato.

Cordiali saluti.

Il Consigliere Segretario
(Ing. Angelo Valsecchi)

Il Presidente
(Ing. Armando Zambrano)

Centro Studi
Consiglio Nazionale Ingegneri



NON OBBLIGATORIETA' E INAPPLICABILITA' DEL RICORSO AI MERCATI ELETTRONICI PER L'AFFIDAMENTO DEI SERVIZI DI INGEGNERIA ED ARCHITETTURA DOPO LE MODIFICHE ALL'ART. 36 DEL CODICE DEI CONTRATTI (D.LGS. 50/2016)

Roma, ottobre 2017

CONSIGLIO NAZIONALE DEGLI INGEGNERI

Ing. Armando Zambrano	Presidente
Ing. Gianni Massa	Vicepresidente Vicario
Ing. Giovanni Cardinale	Vicepresidente
Ing. Angelo Valsecchi	Consigliere Segretario
Ing. Michele Lapenna	Consigliere Tesoriere
Ing. Stefano Calzolari	Consigliere
Ing. Gaetano Fede	Consigliere
Ing. iunior Ania Lopez	Consigliere
Ing. Massimo Mariani	Consigliere
Ing. Antonio Felice Monaco	Consigliere
Ing. Roberto Orvieto	Consigliere
Ing. Angelo Domenico Perrini	Consigliere
Ing. Luca Scappini	Consigliere
Ing. Raffaele Solustri	Consigliere
Ing. Remo Giulio Vaudano	Consigliere

Presidenza e Segreteria 00187 Roma – Via XX Settembre, 5
Tel. 06.6976701 Fax 06.69767048 Sito web: www.tuttoingegnere.it

Presso il Ministero della Giustizia – 00186 Roma – Via Arenula, 71

CENTRO STUDI
CONSIGLIO NAZIONALE INGEGNERI

CONSIGLIO DIRETTIVO

Ing. Luigi Ronsivalle	Presidente
Ing. Fabrizio Ferracci	Consigliere Segretario
Ing. Massimo Mariani	Consigliere
Ing. Francesco Cardone	Consigliere
Ing. Bruno Lo Torto	Consigliere
Ing. Salvatore Noè	Consigliere
Ing. Maurizio Vicaretti	Consigliere

Sede: Via XX Settembre, 5 - 00187 Roma - Tel. 06.85354739, Fax 06.84241800

info@centrostudicni.it - www.centrostudicni.it

Il presente testo è stato redatto dall’avv. Lorenzo Passeri Mencucci.

Sommario

1. Il funzionamento dei mercati elettronici .....Pag. 6
2. La priorità del ricorso agli strumenti di acquisto e/o di negoziazione elettronici nel regime normativo previgente al D.LGS. 50/2016..... " 14
3. Ricorso ai mercati elettronici e ricorso alle procedure ordinarie alla luce dell'art. 36, comma 6 del D.LGS. 50/2016..... " 21
4. Conclusioni..... " 25

1. Il funzionamento dei mercati elettronici

Prima di procedere alla disamina dei complessi rapporti fra procedure ordinarie e mercati elettronici è opportuno chiarire, in sintesi, il funzionamento di questi ultimi con particolare riferimento a quello della pubblica amministrazione (cd. MEPA).

La nozione di mercato elettronico è, oggi riportata alla **lett. bbbb) dell'art.3 del D.Lgs. 50/2016** che lo definisce come uno strumento di acquisto che consente acquisti telematici per importi inferiori alla soglia di rilievo europeo su un sistema che attua procedure di scelta del contraente interamente gestite per via telematica.

Il Mercato Elettronico è uno degli Strumenti di Acquisto previsti nell'ambito del Programma di Razionalizzazione degli Acquisti nella Pubblica Amministrazione. È un mercato digitale in cui le PPAA, nel rispetto della normativa prevista per l'approvvigionamento di beni e servizi pubblici, possono effettuare da Fornitori abilitati acquisti di valore inferiore alla soglia di rilievo comunitario[1].

Sempre l'art. 3 contempla due nozioni di fondamentale importanza per comprendere il meccanismo del mercato elettronico ossia quelle di: 1) **Strumenti di Acquisto** individuati all'art. 3, comma 1 lett. cccc), del D.Lgs. 50/2016 come strumenti di acquisizione che **non richiedono apertura del confronto competitivo**; 2) **Strumenti di Negoziazione** individuati all'art. 3,

[1] *Art. 35 (Soglie di rilevanza comunitaria e metodi di calcolo del valore stimato degli appalti)*

1. Le disposizioni del presente codice si applicano ai contratti pubblici il cui importo, al netto dell'imposta sul valore aggiunto, è pari o superiore alle soglie seguenti:
a) euro 5.225.000 per gli appalti pubblici di lavori e per le concessioni;
b) euro 135.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati dalle amministrazioni aggiudicatrici che sono autorità governative centrali indicate nell'allegato III; se gli appalti pubblici di forniture sono aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici operanti nel settore della difesa, questa soglia si applica solo agli appalti concernenti i prodotti menzionati nell'allegato VIII;
c) euro 209.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali; tale soglia si applica anche agli appalti pubblici di forniture aggiudicati dalle autorità governative centrali che operano nel settore della difesa, allorché' tali appalti concernono prodotti non menzionati nell'allegato VIII;
d) euro 750.000 per gli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici elencati all'allegato IX.
2. Il presente codice si applica anche ai contratti pubblici nei settori speciali il cui valore, al netto dell'imposta sul valore aggiunto, è pari o superiore alle soglie seguenti:
a) euro 5.225.000 per gli appalti di lavori;
b) euro 418.000 per gli appalti di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione;
c) euro 1.000.000 per i contratti di servizi, per i servizi sociali e altri servizi specifici elencati all'allegato IX.

comma 1 lett. dddd) del D.Lgs. 50/2016 come strumenti di acquisizione che **richiedono apertura del confronto competitivo.**

Il mercato elettronico è strutturato sulla base di modelli procedimentali più snelli e semplici rispetto alle procedure ordinarie di aggiudicazione. Le procedure MEPA sono state esplicitate nel documento "Regole del Sistema di e-procurement della pubblica amministrazione Vers. 5.0" aggiornate da CONSIP nel recente luglio 2017.

COME FUNZIONA IL MEPA?

Per iscriversi al MePA occorre andare sul portale www.acquistinretepa.it e:

1. **Verificare l'idoneità**
2. **Fare la registrazione**
3. **Attendere le credenziali**
4. **Fare l'abilitazione ad uno o più degli oltre 30 bandi suddivisi per categoria merceologica**
5. **Compilare il catalogo di prodotti e/o servizi**
6. **Attendere gli ordini o le richieste di offerta che perverranno dalla pubblica amministrazione.**

Il fornitore di beni o il prestatore di servizi è tenuto, innanzitutto ad abilitarsi, seguendo le procedure prescritte dal sistema (sul sito www.acquistinretepa.it)[2], all'erogazione di beni e servizi per i quali CONSIP e/o la centrale di committenza abbiano pubblicato uno specifico bando di abilitazione. Del pari anche la stazione appaltante dovrà abilitarsi al MEPA attraverso la figura del cd "punto ordinante", che è il soggetto appositamente delegato ad agire in nome e per conto del soggetto aggiudicatore di appartenenza (art. 9 delle Regole del sistema di e-procurement), ai fini della registrazione e abilitazione al sistema e dell'acquisto di lavori di manutenzione, servizi e forniture.[3] Il **punto ordinante** agisce in piena e completa autonomia ed indipendenza ed è

[2] L'art. 1 delle regole definisce l'abilitazione come "*il risultato della procedura che consente l'accesso e la partecipazione al Sistema di e-Procurement e l'utilizzo dei relativi Strumenti di Acquisto/Negoziazione da parte dei Soggetti Aggiudicatori e dei Fornitori;*"

[3] Il **punto ordinante** va distinto dal **punto istruttore** che è definito come il soggetto appositamente delegato dal Soggetto Aggiudicatore allo svolgimento di una serie di attività nell'ambito del Sistema di e-Procurement;

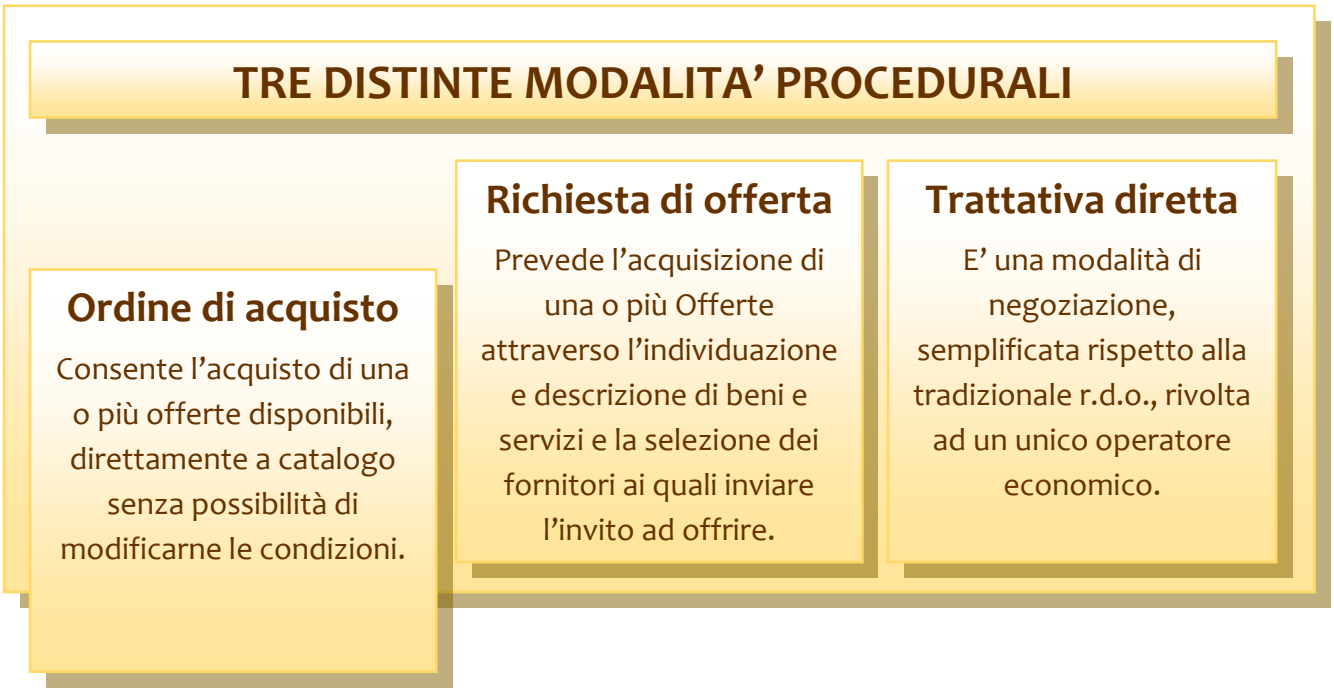
comunque l'unico responsabile della correttezza dei vari adempimenti procedurali limitandosi Consip, a mettere a disposizione il Sistema del Mercato Elettronico.

In conformità a quanto disposto dagli artt. 3 e 36 del Codice dei Contratti Pubblici, l'acquisto di beni e servizi sul MEPA potrà avvenire:

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) mediante affidamento diretto con acquisti a catalogo.

Il regolamento prevede tre distinte modalità procedurali:

1) **L'ORDINE DI ACQUISTO (O.D.A.)**
2) **LA RICHIESTA DI OFFERTA (R.D.O.)**
3) **LA TRATTATIVA DIRETTA (T.D.)**



L'**ORDINE DI ACQUISTO – O.D.A.** (ai sensi dell'art. 47 delle Regole Consip) è uno strumento di acquisto attraverso il quale l'amministrazione predispone e invia al fornitore/prestatore di servizi la manifestazione di volontà per l'acquisto di prodotti e/o di servizi nel Mercato Elettronico **direttamente dal catalogo elettronico** compilato dal fornitore all'atto dell'abilitazione. In particolare, con l'o.d.a. è possibile acquistare un bene o un servizio semplicemente "cliccando" la proposta preferita sul catalogo (per questo la procedura è generalmente denominata *"click and buy"*) e senza alcuna modifica delle condizioni generali di vendita. Ai sensi dell'art. 42 delle regole tecniche, il catalogo deve contenere tutti gli elementi essenziali per la conclusione del contratto ed ha l'efficacia di un'offerta al pubblico rivolta ai soggetti aggiudicatori, ai sensi dell'art. 1336 del codice civile. Il fornitore abilitato ha, dunque, l'obbligo di applicare i prezzi e le condizioni presenti sul catalogo, fino alla data fissata da ciascun bando di abilitazione.

Le caratteristiche del servizio sono definite nella cd "scheda merceologica" che individua la categoria generale ed eventualmente la sottocategoria merceologica.

L'o.d.a. è, pertanto, utilizzabile per i soli acquisti d'importo inferiore a 40mila Euro, ossia nei limiti d'importo previsti per l'affidamento diretto. Lo snellimento dell'iter procedurale è ulteriormente rinforzato dal comma 6 bis dell'art. 36 del codice dei contratti che circoscrive all'aggiudicatario l'accertamento dell'assenza delle cause di esclusione di cui all'art. 80 del predetto codice, oltre che su di *"un campione significativo"* in fase di ammissione e di permanenza.

La **RICHIESTA DI OFFERTA - R.D.O.** (art. 50 delle regole) è invece utilizzata quando l'approvvigionamento avvenga attraverso una procedura che prevede l'acquisizione di una o più offerte. Da segnalare che la richiesta potrà avere ad oggetto esclusivamente prodotti/servizi/lavori di manutenzione conformi alle eventuali caratteristiche minime stabilite nel capitolato tecnico di ciascun bando, sebbene ai sensi dell'art. 50, comma 3

il punto ordinante "*ha la possibilità* ***di indicare negli appositi documenti, da allegare e sottoscrivere con Firma Digitale, ulteriori elementi relativi alla singola r.d.o., quali specifiche Condizioni Particolari di Contratto e Condizioni Particolari di r.d.o."***

Le differenze fondamentali fra o.d.a. ed r.d.o. risiedono, dunque, nel fatto che, nella seconda, la procedura su invito ammette una negoziazione dell'offerta ed una integrazione delle condizioni generali (essa si configura essenzialmente come uno strumento di acquisto e non di negoziazione).

La creazione di una r.d.o. è particolarmente complessa e si articola attraverso sei passaggi fondamentali:

1) la denominazione ed i parametri che contiene una descrizione della procedura e le regole procedurali da applicare;
2) la descrizione dell'oggetto della fornitura con l'indicazione, peraltro, dei criteri di aggiudicazione dell'appalto;
3) la gestione degli articoli;
4) la selezione degli operatori da invitare;
5) l'indicazione delle date della r.d.o.;
6) il riepilogo finale.

La **TRATTATIVA DIRETTA**, infine, si configura come una modalità di negoziazione semplificata rispetto alla tradizionale r.d.o., **in quanto rivolta ad un unico operatore economico** scelto a seguito di o.d.a. Come la r.d.o., la trattativa diretta può essere avviata da un'offerta a catalogo o da un oggetto generico di fornitura presente nella vetrina della specifica iniziativa merceologica. Non dovendo garantire pluralità di partecipazione, la trattativa diretta non ne presenta le tipiche richieste informative (criterio di aggiudicazione, parametri di peso/punteggio, invito dei fornitori, gestione dei chiarimenti, gestione delle Buste di Offerta, fasi di aggiudicazione).

Le considerazioni di cui sopra, sebbene generali, inducono comunque ad una prima riflessione circa la scarsa compatibilità fra il mercato elettronico ed i servizi intellettuali in genere ed in particolare quelli di ingegneria ed architettura.

In verità rispetto a questi ultimi deve escludersi del tutto la possibilità di ricorrere ad acquisti su catalogo mediante o.d.a.; il contenuto del servizio di ingegneria non è certamente standardizzato ma esso si plasma (così come la pressoché totalità dei servizi intellettuali) sulle richieste e specificità del caso concreto ed è, dunque, destinato a mutare in relazione alle peculiarità del caso specifico; questo anche se le opere appartengono al medesimo *genus*. **Considerando che l'o.d.a. è praticabile solamente mediante ricorso diretto al catalogo, deve escludersi la praticabilità di detto strumento per gli incarichi di servizi di architettura ed ingegneria. Di ciò si rinviene conferma negli stessi bandi CONSIP per l'abilitazione di una pluralità di servizi (ivi incluso il servizio di verifica delle vulnerabilità sismiche) che non prevedono pubblicazione di cataloghi escludendo "a monte" la possibilità di ricorrere all'o.d.a.** (si veda in particolare il par. 5 del bando di abilitazione n. 37)**.**

Le considerazioni di cui sopra lasciano dubitare anche della possibilità di un ricorso alla r.d.o. Difatti l'art. 50 del regolamento Consip, al comma 3 prevede che la richiesta formulata dal soggetto aggiudicatore "...*potrà avere quale oggetto principale* ***esclusivamente Prodotti/servizi/lavori di manutenzione conformi alle eventuali caratteristiche minime stabilite nel Capitolato Tecnico di ciascun Bando".*** Tale disposizione lascia presagire le difficoltà connesse all'utilizzo del MEPA per l'affidamento di servizi di ingegneria ed architettura.

Difatti, un bando di abilitazione privo della specificazione delle condizioni tecnico - prestazionali minime richieste per ciascuna delle categorie CPV nelle quali è articolata la "categoria merceologica" oggetto del bando rischia di "aprire il mercato" a prestazioni tecnicamente inidonee sotto il profilo tecnico qualitativo tanto più per quella fascia di valore (sotto i 40.000 Euro) per la quale è ammessa una valutazione di carattere esclusivamente economica. Ancora, poi, relativamente ai servizi d'importo compreso fra 40.000 Euro e la soglia di valore europea (fermo restando quanto già detto) la mancata definizione delle condizioni minime del servizio precluderebbe di vagliare attentamente la qualificazione

tecnica ed economica dei professionisti che richiedano l'abilitazione al MEPA in quanto, come noto (LG 1/2016 ANAC) i requisiti di qualificazione sono "tarati" sulla tipologia e complessità dell'opera da realizzare.

Di contro è altresì evidente che il bando di abilitazione, per quanto completo, non potrebbe ovviamente dettare specifiche tecniche del servizio tali da garantirne comunque l'idoneità rispetto alla variegata molteplicità delle esigenze concrete, sì come rinvenibili in capo a ciascuna amministrazione. Sia nel primo (mancata definizione del servizio) che nel secondo caso la p.a. sarebbe comunque legittimata a ricorrere alle procedure ordinarie (come si vedrà al paragrafo che segue). È vero che il comma 3 dell'art. 50 consentirebbe, all'amministrazione aggiudicataria, di dettare (nella richiesta) condizioni particolari di contratto e/o condizioni particolari di r.d.o., ma detta specificità sembra circoscritta alle sole condizioni contrattuali (d'altra parte la norma parla di *"ulteriori condizioni..."*) e, dunque, essa non inciderebbe, modificandolo, sul perimetro contenutistico della prestazione, che dovrebbero rimanere quello individuato dal bando di abilitazione.

Si consideri, infine, che alla luce della peculiare disciplina dei Servizi di ingegneria e di architettura, diversamente da quanto avviene per gli altri servizi, ai fini della scelta della procedura di aggiudicazione sono previste tre soglie di valore (art. 157, comma 2 D.LGS. 50/2016[4]) e che le procedure semplificate di cui all'art. 36, comma 2, lett. b) si applicano agli incarichi d'importo non superiore ai 100.000 Euro, mentre quelli d'importo pari o superiore a tale soglia vengono aggiudicati secondo le procedure di cui alla Parte II, Titoli III e IV del Codice (ossia secondo le procedure ordinarie). Fermi restando i dubbi di cui sopra sarebbe comunque necessario, al fine di evitare un aggiramento della tripartizione procedurale prevista dall'art. 157, il ricorso al mercato elettronico per i soli incarichi d'importo inferiore

[4] Gli incarichi di progettazione, di coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, di direzione dei lavori, di direzione dell'esecuzione, di coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione e di collaudo di importo pari o superiore a 40.000 e inferiore a 100.000 euro possono essere affidati dalle stazioni appaltanti a cura del responsabile del procedimento, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, e secondo la procedura prevista dall'articolo 36, comma 2, lettera b); l'invito è rivolto ad almeno cinque soggetti, se sussistono in tale numero aspiranti idonei nel rispetto del criterio di rotazione degli inviti. Gli incarichi di importo pari o superiore a 100.000 euro sono affidati secondo le modalità di cui alla Parte II, Titoli III e IV del presente codice.

ai 100 mila euro (fermo ovviamente restando l'esclusione dell'o.d.a. anche per gli incarichi d'importo inferiore alla soglia dei 40.000 Euro).

2. La priorità del ricorso agli strumenti di acquisto e/o di negoziazione elettronici nel regime normativo previgente al D.LGS. 50/2016

Una delle questioni maggiormente dibattute è quella della priorità (rispetto alle procedure ordinarie) del ricorso ai mercati elettronici ed agli strumenti telematici in generale per l'aggiudicazione di servizi e forniture (nonché lavori di manutenzione) *infra* soglia europea (per i servizi e forniture fino ad € 209.000) ivi inclusi i contratti d'importo inferiore ai 40.000 Euro[5].

Legge 27/12/ 2006 n. 296 – Legge Finanziaria 2007

Con la Finanziaria 2007 il Mercato Elettronico diventa lo strumento d'obbligo per gli acquisti sotto soglia delle Amministrazioni statali centrali e periferiche, ad esclusione degli istituti e scuole di ogni ordine e grado, delle istituzioni educative e delle istituzioni universitarie.

La norma fondamentale sul punto è quella riportata nell'**art. 1, comma 450, della Legge Finanziaria 2007**, come modificata dalle norme sulla *spending review* dell'anno 2012 (cfr. art. 7, comma 2, D.L. 52/2012, convertito con L. 94/2012; art. 1, comma 149, L. 228/2012) che, nella versione vigente allo stato così dispone: "*Fermi restando gli obblighi e le facoltà previsti al comma 449 del presente articolo, le altre amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nonché le autorità indipendenti, per gli acquisti di beni e servizi di importo pari o superiore a 1.000 euro e inferiore alla soglia di rilievo comunitario* ***sono tenute a fare ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione ovvero ad altri mercati elettronici istituiti ai***

[5] Sono fatti salvi (nel senso che resta ferma l'autonomia delle amministrazioni aggiudicatrici) gli appalti d'importo inferiore ai 1000 Euro.

sensi del medesimo articolo 328 ovvero al sistema telematico messo a disposizione dalla centrale regionale di riferimento per lo svolgimento delle relative procedure. *Per gli istituti e le scuole di ogni ordine e grado, le istituzioni educative, tenendo conto delle rispettive specificità, sono definite, con decreto del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca, linee guida indirizzate alla razionalizzazione e al coordinamento degli acquisti di beni e servizi omogenei per natura merceologica tra più istituzioni, avvalendosi delle procedure di cui al presente comma. A decorrere dal 2014 i risultati conseguiti dalle singole istituzioni sono presi in considerazione ai fini della distribuzione delle risorse per il funzionamento."*.

Il **comma 1 dell'art. 37 del Codice**, nel disciplinare l'autonoma gestione delle procedure di aggiudicazione da parte delle stazioni appaltanti (anche non qualificate ex art. 38) infra 40mila euro (150 mila euro per i lavori) lascia fermi gli obblighi di utilizzo degli" *strumenti di acquisto e di negoziazione, anche telematici, previsti dalle vigenti disposizioni in materia di contenimento della spesa"*[6].

Del pari il comma 2 del medesimo art. 37, nel prevedere l'obbligatorietà del ricorso ad amministrazioni qualificate (ex art. 38) ai fini della gestione delle procedure di aggiudicazione, ribadisce l'"*utilizzo autonomo degli strumenti telematici di negoziazione messi a disposizione dalle centrali di committenza qualificate secondo la normativa vigente."* [7].

---

[6] L'art. 37, comma 1 prevede che: "*Le 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, possono procedere direttamente e autonomamente all'acquisizione di forniture e servizi di importo inferiore a 40.000 euro e di lavori di importo inferiore a 150.000 euro, nonché attraverso l'effettuazione di ordini a valere su strumenti di acquisto messi a disposizione dalle centrali di committenza e dai soggetti aggregatori. Per effettuare procedure di importo superiore alle soglie indicate al periodo precedente, le stazioni appaltanti devono essere in possesso della necessaria qualificazione ai sensi dell'articolo 38.*".

[7] L'art. 37, comma 2 prevede che anche in questo caso : Salvo quanto previsto al comma 1, 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 di cui all'articolo 38 nonché gli altri soggetti e organismi di cui all'articolo 38, comma 1 procedono mediante utilizzo autonomo degli strumenti telematici di negoziazione messi a disposizione dalle centrali di committenza qualificate secondo la normativa vigente. In caso di indisponibilità di tali strumenti anche

Anche l'**art. 23 *ter* DL. 24/06/2014 n. 90**, nel fissare le condizioni per l'esercizio autonomo, da parte dei comuni, delle procedure di acquisto di beni e servizi[8], stabilisce che restano comunque prioritari (sebbene gestiti in via autonoma) le modalità di acquisto e/o di negoziazione previste rispettivamente dall'art. 26, comma 3, della legge 23 dicembre 1999, n. 488 **(cd. convenzioni CONSIP)**; dall'articolo 1, comma 450, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 **(MePa e Mercati elettronici e procedure telematiche di acquisto**) e l'articolo 9, comma 3, del decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66 **(acquisti mediante soggetti aggregatori e prezzi di riferimento)**.

A completamento del quadro normativo occorre tuttavia precisare che le disposizioni del regolamento di attuazione (in particolare l'art. 328 D.P.R. 207/2010) del "vecchio" codice dei contratti, pur richiamate nelle norme summenzionate, sono state tutte abrogate (ex art. 217, comma 1, lett. u) D.LGS. 50/2016) dalla data dell'entrata in vigore del Codice dei contratti (19 aprile 2016). Il comma 1 del citato art. 328 del regolamento prevedeva che, fermi restando i casi di ricorso obbligatorio al mercato elettronico, *"la stazione appaltante può stabilire di procedere all'acquisto di beni e servizi attraverso il mercato elettronico della pubblica amministrazione...ovvero attraverso il mercato elettronico realizzato dalle centrali di committenza di riferimento di cui all'art. 33 del Codice..."*.

In via generale si è ritenuto che l'obbligo di ricorso ad un mercato elettronico, sia esso quello della pubblica amministrazione (MEPA), ovvero quello realizzato direttamente dalla stazione appaltante o dalle centrali di committenza, garantisce la tracciabilità dell'intera procedura di acquisto ed una maggiore trasparenza della stessa, con conseguente riduzione dei margini di discrezionalità dell'affidamento e la possibilità, da parte di

in relazione alle singole categorie merceologiche, le stazioni appaltanti operano ai sensi del comma 3 o procedono mediante lo svolgimento di procedure di cui al presente codice.

[8] La norma richiama anche "i lavori", ma, come noto, per questi ultimi la soglia minima per la gestione **autonoma** delle procedure di affidamento è pari, ex art. 37, comma 1 DLGS 50/2016, ad **€ 150mila**; si segnala, peraltro che fino a 150 mila euro è esperibile, ai sensi dell'art. 36, comma 2 lett b) del codice, la particolare procedura negoziata con invito rivolto ad almeno dieci operatori economici. Si veda sul punto il comunicato ANAC dell'11/05/2016.

imprese concorrenti che riescano ad offrire prezzi più convenienti, di aderire ai medesimi mercati.

Ciononostante, ed a prescindere per il momento dalle problematiche sollevate dall'art. 36 del Codice e dall'incidenza di quest'ultima disposizione normativa (in merito alle quali si dirà successivamente), anche nel previgente sistema normativo (quello di cui al DLGS 163/2006 e di cui all'art. 328 DPR 207/2010), il prioritario ricorso ai mercati elettronici ed alle procedure telematiche di acquisto non rappresentava un obbligo assoluto, ma circoscritto dalla sussistenza di determinate condizioni.

Innanzitutto l'art. 1, comma 450 Legge Finanziaria 2007 obbliga al ricorso al MEPA le sole amministrazioni centrali e periferiche (e le altre amministrazioni richiamate nella prima parte del comma) mentre per le restanti amministrazioni (dunque tutte le autonomie locali) il ricorso preventivo al mercato elettronico non è limitato al solo MEPA, ma si estende anche a tutti gli altri eventuali mercati elettronici senza alcun ordine di preferenza fra il primo ed i secondi.

Inoltre sempre l'art. 1, comma 450 fa salvi gli adempimenti del precedente comma 449 della medesima legge nella parte in cui si disciplina il ricorso (**facoltativo**) alle convenzioni Consip di cui all'art. 26 L. n. 488/1999 ovvero a quelle stipulate dalle centrali di committenza regionali (previste dal richiamato comma 456) nonché il ricorso (**obbligatorio**) ai parametri di "prezzo - qualità" come limiti massimi per la stipulazione dei contratti.

In sintesi le amministrazioni **diverse** da quelle statali centrali (per le quali sussiste l'obbligo di approvvigionarsi attraverso dette convenzioni quadro) hanno la sola facoltà di utilizzare le convenzioni - quadro di Consip, ma, di contro, su di esse grava l'obbligo di utilizzarne i parametri di "prezzo - qualità" come **limite massimo** per la stipulazione di contratti e questo anche nel caso di ricorso ai mercati elettronici ovvero alle procedure telematiche di affidamento.

Resta comunque da chiarire se, ed in quale misura, sia derogabile l'obbligo del ricorso al mercato elettronico.

Una condizione essenziale affinché possa operare tale obbligo è quello della presenza sui mercati elettronici del bene o del servizio rispondente alle esigenze dell'amministrazione. Ove si tratti di beni fungibili è sufficiente la presenza sul mercato elettronico anche solo del cd. "metaprodotto" che li ricomprenda, nel caso in cui invece il bene o il servizio richiesti siano specifici (ossia con specifiche caratteristiche tali da renderli funzionali alle esigenze della p.a.) ovvero **speciali** ossia tali da non essere riconducibili ad una categoria generale di beni e servizi fungibili (come ad esempio i servizi intellettuali), il ricorso al mercato elettronico sarà possibile nella sola misura in cui il servizio speciale sia previsto nel mercato elettronico e ne siano definite, ai sensi dell'art. 50, le caratteristiche minime.

La presenza sul mercato del bene o del servizio, nei termini specificati sopra, quale condizioni per l'operatività dell'obbligo del prioritario ricorso ai mercati elettronici (MEPA o altri mercati elettronici) è stata più volte ribadita dalla giurisprudenza (in particolare contabile) che ha riconosciuto il venir meno di detto obbligo nell'ipotesi di **indisponibilità o inidoneità dei beni presenti su tali mercati a soddisfare le esigenze dell'ente locale richiedente** (Corte dei Conti - sez. regionale di controllo per la Liguria deliberazione 10/11/2014 n. 64/PAR; C.d.C. Sez. contr. Piemonte 23.05.2013 n. 21; C.d.C. Sez. contr. Marche 27.11.2012 n. 169 e 25.03.2013 n.17, C.d.C. Sez. contr. Lombardia 26.03.2013 n. 112 e C.d.C. Sez. contr. Piemonte 23.05.2013 n. 211).

Una seconda eccezione muove dalla considerazione che **non può sussistere alcun obbligo di ricorso al MEPA, svincolato da risparmi di spesa ai quali detto ricorso è funzionale.** In sostanza l'obbligatorietà del preventivo ricorso al mercato elettronico trova giustificazione nella misura in cui sia conseguibile un risparmio di spesa. Corollario a tale premessa e che i **Comuni possano acquistare beni e servizi al di fuori del MEPA con il limite imperativo ed ablativo dell'assoluto rispetto dei limiti massimi di prezzo presenti dalle convenzioni Consip ovvero nello stesso mercato elettronico**. Difatti i principi generali di economicità e di efficienza

dell'azione amministrativa, perseguiti dalle disposizioni sopra richiamate, consentono di mitigare l'obbligo di ricorrere ai mercati elettronici ogni qualvolta il ricorso all'esterno persegua la ratio di contenimento della spesa pubblica insita nelle varie norme (C.d.C. sez. regionale di controllo per la Liguria 10/11/2014 n. 64/PAR; C.d.C. Sez. contr. Toscana 30.05.2013 n. 151 e C.d.C. Sez. contr. Emilia Romagna 17.12.2013 n. 286). Tale eccezione trova fondamento in una lettura congiunta delle norme di cui ai commi 449 e 450 dell'art. 1 della L. n. 296/2006. Difatti il comma 450, che introduce l'obbligatorietà del ricorso ai mercati elettronici, **fa espressamente salvo quanto previsto dal comma 449** che, oltre al ricorso alle convenzioni CONSIP ex art 26 L. n. 448/1999, prevede proprio l'accesso al libero mercato nel rispetto dei limiti di prezzo fissati in dette convenzioni; sempre che, ovviamente, il servizio richiesto sia stato oggetto di convenzione. Sempre la norma di cui al comma 449, inoltre, prevede che l'obbligatorio ricorso al mercato elettronico interessi solamente le aziende sanitarie. Tale tesi interpretativa è sostenuta anche dalla lettura del comma 6 dell'art. 36 del codice dei contratti che, invero, facoltizza, ma non obbliga, le amministrazioni locali al ricorso ai mercati elettronici.

Alla luce di quanto sopra è possibile affermare che per l'acquisto di beni e/o servizi (nonché lavori di manutenzione per un valore inferiore ad un milione di Euro) d'importo inferiore alla soglia europea (e dunque anche se d'importo inferiore alla soglia dei 40mila euro) le amministrazioni devono:

1) verificare se il servizio è previsto dalle convenzioni quadro di cui all'art. 26 L. n. 488/1999 con la facoltà di aderire a tali convenzioni;
2) qualora il servizio sia previsto nelle convenzioni, ma l'amministrazione ritenga di non aderire alla stessa, potrà procedere attraverso il ricorso ai mercati elettronici **utilizzando i parametri di prezzo qualità delle convenzioni**;
3) in difetto di convenzioni-Consip, l'amministrazione dovrà comunque prioritariamente verificare la disponibilità del prodotto

o servizio sui mercati elettronici (proprio, della PA ovvero di altre centrali di committenza);

4) in difetto, ricorrere al sistema telematico messo a disposizione dalla centrale regionale di riferimento per lo svolgimento delle procedure;
5) infine avviare le procedure ordinarie di aggiudicazione.

3. Ricorso ai mercati elettronici e ricorso alle procedure ordinarie alla luce dell'art. 36, comma 6 del D.LGS. 50/2016

La tesi dell'asserita priorità del ricorso ai mercati elettronici, fermi restando i limiti summenzionati, è oggi meritevole di riconsiderazione alla luce dell'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti ed in particolare del suo **art. 36 che al comma 6 come modificato dall'art. 25, comma 1, lett. f) DLGS 56/2017**, prevede che: "per lo svolgimento delle procedure di cui al presente articolo le stazioni appaltanti **possono procedere** attraverso un mercato elettronico che consenta acquisti telematici basati su un sistema che attua procedure di scelta del contraente interamente gestite per via elettronica . Il Ministero dell'economia e delle finanze, avvalendosi di Consip S.p.A. mette a disposizione delle stazioni appaltanti il mercato elettronico delle pubbliche amministrazioni".

La norma si presta, invero, ad una duplice interpretazione: una che esclude, alla luce della novella normativa, il perdurante obbligo del prioritario ricorso alle procedure del mercato elettronico e l'altra che, invece, conferma detta priorità (fermi ovviamente restando i limiti di cui si è detto sopra).

La prima tesi si collega principalmente al tenore letterale dell'art. 36, comma 6 del Codice dei contratti ed al fatto che quest'ultimo è entrato in vigore successivamente alle disposizioni che disciplinano l'obbligatorietà del ricorso al mercato elettronico.

Difatti la norma ivi contenuta, peraltro sul punto specificatamente modificata dall'**art. 25 del D.LGS. 56/2017**, introduce la **sola facoltà** (*"possono procedere")* del ricorso a un (qualunque) mercato elettronico (dunque MEPA o altro mercato elettronico) ponendosi in formale contrapposizione al summenzionato art. 1 comma 450 della Legge Finanziaria 2007 nel quale, come visto, si prevede l'obbligatorietà del ricorso al mercato elettronico (con le limitazioni di cui sopra).

La circostanza che la disposizione si inserisce nel Codice dei contratti pubblici ed il rinvio, ivi contenuto, a tutti i mercati elettronici nessuno escluso (e pertanto anche quelli di cui al comma 450 dell'art. 1 della Legge finanziaria 2007), porta a ritenere che la disposizione si sovrapponga pressoché integralmente alle (frastagliate) disposizioni della *spendig review*. In tal senso depone anche il richiamo finale, contenuto sempre nella disposizione di cui all'art. 36, comma 6 del codice, secondo il quale Consip *"mette a disposizione delle stazioni appaltanti il mercato elettronico della pubblica amministrazione"*. Tale disposizione, a ben vedere, non avrebbe alcuna ragion d'essere ove si ritenesse vigente l'art. 1, comma 450 Legge Finanziaria 2007 che, come detto, obbliga(va) anche le amministrazioni locali a ricorrervi.

Ulteriore riprova della centralità dell'art. 36 del Codice si rinviene nella medesima documentazione CONSIP ed in particolare nel regolamento sull'*e-procurement* che, nella versione aggiornata al luglio 2017 (e dunque dopo le modifiche apportate all'art. 36, comma 6 del codice) all'art. 1 definisce il MEPA come "*…il mercato elettronico della Pubblica Amministrazione, realizzato* ***ai sensi dell'art. 36, comma 6, ultimo periodo****, del Codice dei Contratti Pubblici*".

Ancora, occorre considerare l'intervenuta abrogazione dell'art. 328 del D.P.R. 207/2010 che, in sostituzione dell'abrogato DPR 101/2002, disciplinava il funzionamento del mercato elettronico della PA e che rappresentava una disposizione di chiusura e sostanziale razionalizzazione del complesso reticolato normativo di cui si è detto sopra.

Alla luce di detta formale, sostanziale ed oggettiva sovrapposizione dell'ambito delle due disposizioni, nonché della incompatibilità delle reciproche prescrizioni (obbligo/facoltà) richiamate dalle medesime, può ragionevolmente sostenersi che la norma anteriore (art. 1 comma 450 Legge Finanziaria 2007) sia stata abrogata implicitamente dall'entrata in vigore della seconda (art 36, comma 6 D.LGS. 50/2016) sulla scorta del principio generale riassunto nel brocardo *lex posterior derogat priori* e

che, pertanto, il ricorso al mercato elettronico sia, ad oggi, solamente facoltativo.

A questo si aggiunga che, in tutti i casi in cui il legislatore ha ritenuto di dover imporre in via esclusiva il ricorso al mercato elettronico è intervenuto in maniera diretta e specifica. Dette norme sopravvivono alla tacita abrogazione di cui si è detto sopra in virtù della loro specialità e specificità, giustificando anche il richiamo operato dal comma 1 dell'art. 37 del Codice.

Si tratta, ad esempio, della norma di cui all'art. 1, comma 449 Legge Finanziaria 296/2006 per quanto concerne le Aziende sanitarie, ovvero l'art. 1, comma 512 della L. 28/12/2015, n. 208 (in vigore dal 1 gennaio 2017) che al fine della ottimizzazione e razionalizzazione degli acquisti di beni e servizi informatici e di connettività, fermi restando gli obblighi di acquisizione centralizzata previsti per i beni e servizi dalla normativa vigente, ha previsto che: "*le amministrazioni pubbliche e le società inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi dell'articolo 1 della legge 31 dicembre 2009, n. 196,* ***provvedono*** *ai propri approvvigionamenti esclusivamente tramite* ***gli strumenti di acquisto e di negoziazione di Consip Spa o dei soggetti aggregatori****,*[9] *ivi comprese le centrali di committenza regionali, per i beni e i servizi disponibili presso gli stessi soggetti"*.

Qualora il legislatore avesse inteso, con l'art. 1 comma 450 Legge Finanziaria 2007 generalizzare l'obbligo del prioritario ricorso ai mercati elettronici, non vi sarebbe stato bisogno di tali ulteriori precisazioni.

La seconda soluzione interpretativa muove dal presupposto della sostanziale **integrazione** fra la disposizione dell'art. 36, comma 6 del Codice e quella dell'art. 1 comma 450 Legge Finanziaria 2007.

Difatti tale tesi, valorizzando la *ratio* della semplificazione e snellimento delle procedure sottesa all'introduzione dell'obbligo del

[9] La versione della norma, precedente alle modifiche introdotte dall'art. 1, co 419 L. n. 232/2016, disponeva l'acquisto mediante Consip e non con gli **strumenti di acquisto** gestiti da Consip

ricorso al mercato elettronico ed alla gestione telematica delle procedure di aggiudicazione (la giurisprudenza sul punto è pacifica: TAR Lazio Roma Sez. I ter 19/2/2016 n. 2199), arriva a sostenere che resterebbe fermo l'obbligo del ricorso al mercato elettronico (solo il MEPA per le amministrazioni centrali) e che la norma di cui al comma 6 dell'art. 36 non inciderebbe su detto obbligo, ma facoltizzerebbe il ricorso ad altri mercati elettronici che consentano procedure telematiche di acquisto, una volta che i mercati elettronici (MEPA o mercati delle centrali di committenza) obbligatori non abbiano soddisfatto le esigenze dell'amministrazione (ad esempio per mancanza del servizio e/o della merce richiesta ovvero perché la r.d.o. è andata deserta).

Tale tesi presta il fianco all'intrinseca contraddittorietà della introduzione, senza spiegarne le ragioni, di una distinzione fra mercati elettronici facoltativi e mercati elettronici obbligatori. La *ratio* sottesa al ricorso ai mercati elettronici è, difatti, univoca e, non può, pertanto, giustificare una disciplina difforme.

Inoltre appare difficile individuare gli ulteriori mercati elettronici, ai quali il soggetto aggiudicatore potrebbe ricorrere, una volta che non abbia dato esiti positivi il ricorso ai mercati del comma 450 dell'art. 1 della Legge Finanziaria 296/2006, il cui ambito oggettivo sembra, invero talmente ampio da abbracciare tutti i mercati elettronici.

4. Conclusioni

In base alle considerazioni di cui sopra è possibile ritenere:

1) che l'art. 36, comma 6 del Codice dei contratti, nella parte in cui prescrive la sola facoltà dei soggetti aggiudicatori di ricorrere ai mercati elettronici (ivi incluso il MEPA), abbia abrogato le norme che prescrivono l'obbligatorio prioritario ricorso a detti mercati;
2) in ogni caso, l'ambito oggettivo di operatività del principio dell'obbligatorio ricorso ai mercati elettronici soffre alcune limitazioni collegate alla particolare natura dei beni e/o servizi oggetto di affidamento ed i servizi di progettazione (in generale i servizi intellettuali), in quanto servizi non standardizzati, ma il cui contenuto è plasmato dall'esigenza di risolvere le problematiche legate alle richieste ed esigenze del caso specifico e che, pertanto, non possono essere oggetto di strumenti di negoziazione elettronica (né, tantomeno, di strumenti di acquisto che non prevedono negoziazioni).