

## REDAZIONALI

# IL RICORSO AL M.E.P.A. QUALE STRUMENTO ATTUATIVO DELLA RAZIONALIZZAZIONE DELLA SPESA PUBBLICA: CRITERI APPLICATIVI

dell'Avv. Salvatore Napolitano

*La disciplina normativa prevista dalle ultime novità in materia di ricorso al Mercato Elettronico della pubblica amministrazione: ambito soggettivo ed oggettivo di applicazione e limiti.*

The legal framework provided by the latest innovations in the field of use of the Electronic Market of Public Administration: subjective and objective scope of application and limitations.

*Sommario: 1. Premessa. 2. Razionalizzazione della spesa pubblica: Mercato elettronico. 3. Considerazione conclusive.*

### **1.Premessa.**

Per gli acquisti di beni e servizi di importo inferiore alla soglia di rilievo comunitario le stazioni appaltanti hanno l'obbligo di fare ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione, il cui usato acronimo è MEPA.

### **2.Razionalizzazione della spesa pubblica: Mercato elettronico.**

L'art. 328 del d.P.R. n. 207/10 (*"Regolamento di esecuzione ed attuazione del d.lgs 12.4.2006, n. 163, recante Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture"*), Parte IV, Titolo V, Capo I, relativo alle Acquisizioni sottosoglia, indica partitamente la procedura da adottare qualora si intenda approvvigionarsi attraverso tale sistema.

In questa sede, nel rinviare a quanto disposta dalla norma, si effettuano alcune considerazioni di massima sui limiti applicativi e sulle potenzialità del detto istituto, non trascurando

Per quanto concerne i soggetti che possono avvalersi del MEPA, l'art. 328 fa riferimento alla *"stazione appaltante"* che, secondo l'art. 3, co. 33, del d.lgs. n. 163/06 (Codice dei Contratti Pubblici) *"comprende le Amministrazioni Aggiudicatrici e gli altri soggetti di*

*cui all'art. 32, ossia:*

- le amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti (art. 3, co. 25, d.lgs. n. 163/06);

- le società con capitale pubblico, anche non maggioritario e gli Enti aggiudicatori (e, cioè, oltre alle amministrazioni, le imprese pubbliche ed i soggetti che operano in virtù di diritti speciali od esclusivi concessi loro dall'Autorità competente).

Quanto all'obbligatorietà ed alle categorie di cui la P.A. può approvvigionarsi tramite MEPA, va chiarito che il legislatore, in materia, è intervenuto più volte a disciplinare sia la facoltà di usufruire del mercato elettronico, sia gli importi e i limiti entro i quali le stazioni appaltanti possono rivolgersi al medesimo.

Infatti, la l. n. 296 del 2006 (Finanziaria per 2007) all'art. 450 stabiliva che *"Dal 1.7.2007, 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, per gli acquisti di beni e servizi al di sotto della soglia di rilievo comunitario, sono tenute a fare ricorso al mercato elettronico della pub-*

*blica amministrazione di cui all'art. 11, co. 5, del regolamento di cui al d.P.R. 4.4.2002, n. 101”.*

In seguito, con l'entrata in vigore dell'art. 328 del d.P.R. n. 207 del 2010 secondo cui “...la stazione appaltante può stabilire di procedere all'acquisto di beni o servizi attraverso il mercato elettronico...” il legislatore sembrava far intendere che il ricorso al mercato elettronico fosse facoltativo.

Successivamente, il d.l. n. 52 del 2012, così come convertito dalla l. n. 94 del 2012, ha modificato l'art. 1, co. 450, della l. n. 296/06, inserendo proprio il riferimento all'art. 328 del d.P.R. n. 207/10, per cui la norma attualmente recita: “Dal 1.7.2007, 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, per gli acquisti di beni e servizi al di sotto della soglia di rilievo comunitario, sono tenute a fare ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione di cui all'art. 328, co. 1, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 5.10.2010, n. 207. Fermi restando gli obblighi previsti al co. 449 del presente art., le altre amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1 del d.lgs 30.3.2001, n. 165, per gli acquisti di beni e servizi di importo inferiore alla soglia di rilievo comunitario sono tenute a fare ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione ovvero ad altri mercati elettronici istituiti ai sensi del medesimo art. 328”.

In altri termini, il legislatore sembra aver ripristinato l'obbligo per le stazioni appaltanti, in tutti i settori, di ricorrere al MEPA per gli affidamenti di servizi e forniture sotto soglia, indicando l'art. 328 del d.P.R. n. 207/10 quale mero strumento procedurale.

In quest'ottica, l'art. 1, co. 7, del d.l. 95 del 2012, come convertito dalla l. 135 del 7.8.2012, che disciplina il ricorso al MEPA per gli affidamenti sotto soglia sembra avere un valore meramente rafforzativo, posto che stabilisce: “... 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'art. 1 della l.

31.12.2009, n. 196, a totale partecipazione pubblica diretta o indiretta, relativamente alle seguenti categorie merceologiche: energia elettrica, gas, carburanti rete e carburanti extra-rete, combustibili per riscaldamento, telefonia fissa e telefonia mobile, sono tenute ad approvvigionarsi attraverso le convenzioni o gli accordi quadro messi a disposizione da Consip S.p.A. e dalle centrali di committenza regionali di riferimento costituite ai sensi dell'art. 1, co. 455, della l. 27.12.2006, n. 296, ovvero ad esperire proprie autonome procedure nel rispetto della normativa vigente, utilizzando i sistemi telematici di negoziazione sul mercato elettronico e sul sistema dinamico di acquisizione messi a disposizione dai soggetti sopra indicati...”.

Con riferimento, più in generale, al tipo di appalto per il quale è data la possibilità e/o vige l'obbligo di approvvigionarsi tramite il MEPA, per completezza si ribadisce che la l. parla di acquisto di beni e servizi, ciò induce a ritenere che la disciplina citata limita la propria efficacia alle sole fattispecie legali di affidamento di appalti di fornitura (approvvigionamento di beni) e di servizi, non trovando, viceversa, applicazione nel caso di appalti di lavori e di contratti misti che, in base alla normativa di settore, debbano essere considerati appalti pubblici di lavori.

Pertanto, nel caso di appalti “complessi” (*rectius* misti) che abbiano ad oggetto, ad esempio, sia l'approvvigionamento di energia che la gestione e la manutenzione ordinaria e/o straordinaria degli impianti, al fine di stabilire se debbano considerarsi appalti di lavori - per i quali non si applica la disciplina del MEPA - deve aversi riguardo al rilievo economico che i lavori medesimi assumono nell'ambito del contratto e/o al rapporto di accessorietà che i lavori abbiano rispetto alla fornitura o ai servizi.

A tal proposito, il codice dei contratti, all'art. 14, prevede che per i contratti misti di lavori, forniture e servizi, si applichino le disposizioni relative ai contratti di lavori pubblici qualora nell'ambito del contratto questi ultimi assumano rilievo economico superiore al 50 per cento dell'appalto, e sempre che i lavori non abbiano carattere meramente accessorio rispetto ai servizi ed alle forniture.

Infatti, all'individuazione dell'oggetto principale in un appalto misto concorrono, tra gli altri, non solo la rilevanza economica delle singole prestazioni, ma anche la connotazione dell'accessorietà o meno della componente lavori rispetto alle altre prestazioni, e viceversa, come stigmatizzato dalla circolare 18.12.2003, n. 2316 del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, che afferma: "... Nonostante le considerazioni svolte, e anche nelle competenti sedi, per avvalorare il menzionato indirizzo italiano, la Commissione europea ha contestato l'utilizzo esclusivo del predetto criterio, ricordando che il diritto comunitario ha sempre considerato "l'oggetto principale del contratto" quale parametro di riferimento per la determinazione delle regole applicabili agli appalti misti. Pertanto, secondo la Commissione, la prevalenza economica della componente dei lavori rispetto alle altre prestazioni (servizi e/o forniture) non implica necessariamente che un appalto possa essere qualificato come appalto pubblico di lavori, qualora questi ultimi siano accessori e non costituiscano l'oggetto principale dell'appalto..."

Per quanto concerne la procedura di selezione, in questa sede ci si limita ad osservare che essa è molto elastica e snella.

La norma, infatti, si limita a:

- indicare i principi che debbono regolare tutta la procedura, dalla fase dell'abilitazione a monte a quella di individuazione del prestatore a valle, e cioè, i principi di: trasparenza, semplificazione delle procedure, parità di trattamento e non discriminazione;

- stabilire che le stazioni appaltanti abilitano al mercato elettronico tramite uno o più bandi aperti qualsivoglia operatore che soddisfi i requisiti di abilitazione (cioè: selezionano gli operatori fra cui lungo tutta la durata del contratto individueranno di volta in volta il prestatore) ed indica gli elementi che i bandi, tra l'altro, debbono contenere (art. 328, co. 3, lett. a-e).

Anche i criteri di selezione delle offerte sono molto elastici.

Il co. 4 dell'art. 328 del d.P.R. n. 207/10, infatti, fa riferimento esclusivamente:

- a un "confronto concorrenziale" fra le offerte pubblicate all'interno del MEPA o rice-

vute a seguito di richiesta della stazione appaltante

- o, in alternativa, alle "procedure di acquisto in economia" di beni e servizi sotto soglia (parimenti elastici).

Nel caso di confronto concorrenziale a seguito di richiesta di offerta da parte della stazione appaltante deve essere fissato un termine sufficiente per la presentazione delle offerte, tenuto conto dei principi generali stabiliti all'art. 70, co. 1, del d.lgs. n. 163/06 e, cioè, in questo caso, è lecito desumere, dei principi che il co. 5 dell'art. 70 stabilisce per le procedure negoziate, con o senza bando, e per il dialogo competitivo, secondo cui il termine per la ricezione delle offerte, salvi i casi di urgenza, non può essere inferiore a 20 giorni (art. 328, co. 5, art. 328 del d.P.R. n. 207/10).

Quanto sopra, non vuol dire che le stazioni appaltanti non possano utilizzare i criteri, per così dire, tradizionali di selezione dell'offerta (prezzo più basso ed offerta economicamente più vantaggiosa), ma in una logica di snellezza e velocità vengono indicati dei criteri che sono comunque sufficienti (e, probabilmente, preferibili) per gli acquisti di beni e servizi sotto soglia.

### 3.Considerazioni conclusive.

Secondo l'art. 28 del d.lgs. n. 163/06 gli importi delle soglie comunitarie al di sotto dei quali si applica il MEPA sono i seguenti:

**a) 130.000 euro**, per gli appalti pubblici di forniture e di servizi, diversi da quelli che verranno in seguito elencati al punto b.2), aggiudicati dalle amministrazioni aggiudicatrici che sono autorità governative centrali e che sono elencate nell'Allegato IV del d.lgs. n. 163/06;

**b) 200.000 euro**, per:

b.1.) gli appalti pubblici di forniture e di servizi aggiudicati da stazioni appaltanti diverse da quelle sopra elencate;

b.2.) appalti pubblici di servizi, aggiudicati da una qualsivoglia stazione appaltante, aventi per oggetto Servizi di ricerca e sviluppo (categoria 8 dell'allegato II A del d.lgs. n. 163/06), servizi di telecomunicazioni (categoria 5 dell'allegato II A, le cui voci nel CPV corrispondono ai numeri di riferimento CPC 7524, 7525 e 7526); servizi elencati nell'alle-

gato II B del d.lgs. n. 163/06 e, cioè: servizi alberghieri e di ristorazione; servizi di trasporto per ferrovia, servizi di trasporto per via d'acqua, servizi di supporto e sussidiari per il settore dei trasporti, servizi legali, servizi di collocamento e reperimento di personale, servizi di investigazione e di sicurezza (eccettuati i servizi con furgoni blindati), servizi relativi all'istruzione (anche professionale), servizi sanitari e sociali, servizi ricreativi, culturali e sportivi e altri servizi. L'accuratezza del legislatore, ho condotto a regolare in maniera puntuale anche le ipotesi di appalti da aggiudicare in più lotti, eventualità disciplinata dall'art. 29 del d.lgs. n. 163/06.

Per i servizi (art. 29, co. 7, d.lgs. n. 163/06):

- quando (un'opera prevista o) un progetto di acquisto di servizi può dare luogo ad appalti aggiudicati contemporaneamente per lotti distinti, è computato il valore complessivo stimato della totalità di tali lotti;

- quando il valore cumulato dei lotti è pari o superiore alle soglie viste sopra di cui all'art. 28 si applicano all'aggiudicazione di ciascun lotto le norme dettate per i contratti di rilevanza comunitaria (e, quindi, non si applica il MEPA);

- in caso di servizi, le stazioni appaltanti possono tuttavia derogare a tale applicazione per i lotti il cui valore stimato al netto dell'I-VA sia inferiore a 80.000 euro (o a un milione di euro per i lavori) purché il valore cumu-

lato di tali lotti non superi il 20% del valore complessivo di tutti i lotti.

Per le forniture (art. 29, co. 8, d.lgs. n. 163/06):

- quando un progetto volto ad ottenere forniture omogenee può dar luogo ad appalti aggiudicati contemporaneamente per lotti separati, per l'applicazione delle soglie previste per i contratti di rilevanza comunitaria si tiene conto del valore stimato della totalità di tali lotti;

- quando il valore cumulato dei lotti è pari o superiore alle soglie viste sopra di cui all'art. 28, le norme dettate per i contratti di rilevanza comunitaria si applicano all'aggiudicazione di ciascun lotto (e, quindi, non si applica il MEPA);

- le stazioni appaltanti possono tuttavia derogare a tale applicazione per i lotti il cui valore stimato al netto dell'IVA sia inferiore a 80.000 euro e purché il valore cumulato di tali lotti non superi il 20% del valore complessivo della totalità dei lotti.

In conclusione, con l'introduzione dell'obbligatorietà di ricorso al MEPA, il legislatore ha voluto porre l'accento sul risparmio e la razionalizzazione delle spese, quali criteri fondamentali nell'agenda della pubblica amministrazione che, nell'obiettivo di raggiungere il sempre più agognato traguardo dell'efficienza e della semplificazione, cerca nelle nuove tecnologie lo strumento per rendere trasparente la propria azione