

Nelle procedure negoziate la scelta dei soggetti da invitare può avvenire attingendo dall'elenco dei fornitori propri o da quelli presenti nel Mercato Elettronico delle P.A.

di Marco Lesto

Data di pubblicazione: 9-10-2017

1. *Le linee-guida dell'ANAC hanno espressamente riconosciuto alle amministrazioni la possibilità di attingere i soggetti da invitare "dall'elenco dei fornitori propri o da quelli presenti nel Mercato Elettronico della P.A." [cfr. linee-guida n. 4 del 26 ottobre 2016, punto 4.1.1, lettera c)].*

2. *Le linee-guida dell'ANAC risultano sul punto meramente ricognitive di un dato già chiaramente espresso dall'art. 36 oltre che dall'art. 216, comma 9, del Codice, atteso che gli elenchi di operatori presenti sul MePA risultano utilizzabili in quanto compatibili con i principi del nuovo codice, essendo aperti all'inserimento degli operatori interessati e in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, affidabilità e professionalità, individuati in base a criteri rigorosi e trasparenti, nel rispetto del principio di non discriminazione.*

3. *La disciplina transitoria di cui all'art. 216, comma 9, del Codice ha inteso individuare nella compatibilità con il nuovo codice il criterio discretivo della idoneità/inidoneità degli elenchi "utilizzati" dalle stazioni appaltanti.*

GUIDA ALLA LETTURA

L'art. 36 del nuovo Codice dei contratti pubblici disciplina l'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria, prescrivendo, in via generale, che il relativo procedimento di selezione del contraente privato sia svolto nell'osservanza, fra gli altri, dei **principi di non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità.**

Nell'ottica del legislatore **l'esigenza di massima semplificazione delle procedure "sotto soglia" deve, infatti, contemperarsi con il rispetto dei criteri di trasparenza e imparzialità che regolano l'affidamento dei contratti pubblici, ciò nella considerazione che le procedure in parola sono uno dei più fertili terreni di coltura delle pratiche corruttive e clientelari.**

Questa esigenza di sintesi trova una plastica rappresentazione nel comma 2, lett. b), dell'art.

36 ove è previsto che, per l'affidamento dei contratti di servizi e forniture di importo superiore a 40.000,00 euro e inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria di cui all'articolo 35, la stazione appaltante deve adottare una procedura *negoziata* previa consultazione, ove esistenti, di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici.

Con delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016 l'Anac ha approvato le Linee Guida n. 4, di attuazione del D.Lgs. n. 50/2016 (art. 36, comma 7), 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.*” Prima dell'approvazione delle suddette Linee Guida, trovava applicazione la disciplina transitoria contenuta nell'art. 216, comma 9, del nuovo Codice, a mente della quale: “*fino all'adozione delle linee guida previste dall'articolo 36, comma 7, l'individuazione degli operatori economici avviene tramite indagini di mercato effettuate dalla stazione appaltante mediante avviso pubblicato sul proprio profilo del committente per un periodo non inferiore a quindici giorni, specificando i requisiti minimi richiesti ai soggetti che si intendono invitare a presentare offerta, ovvero mediante selezione dai vigenti elenchi di operatori economici utilizzati dalle stazioni appaltanti, se compatibili con il presente codice*”.

Sia nel nuovo che nel previgente Codice non si rinviene una predeterminazione dei meccanismi di selezione degli operatori da invitare alla procedura negoziata, che sono, pertanto, liberi nelle forme purché rispondenti ai richiamati principi generali di trasparenza, non discriminazione e pubblicità.

In quest'ottica, si è ad esempio ritenuto che il ricorso alla “*indagine di mercato*” non può comportare l'individuazione degli operatori economici da invitare con modalità “*chiuse*” rispetto al mercato o, ancora, che, nel caso dei lavori, la consultazione sul sito dell'Autorità di Vigilanza (oggi Anac) dell'elenco delle imprese in possesso di idonea qualificazione in relazione all'affidamento sia un sistema ossequioso dei suddetti criteri^[1].

Sempre in quest'ottica, il menzionato art. 216, comma 9, del nuovo Codice, prima di essere sostituito dalla disciplina di dettaglio contenuta nelle Linee Guida, prevedeva, quale modalità alternativa all'indagine di mercato, la **selezione dai vigenti elenchi di operatori economici *utilizzati dalle stazioni appaltanti, purché compatibili con il presente codice.***

La formula adoperata nel citato disposto normativo, aprendo alla possibilità di attingere anche dagli albi formati da altre amministrazioni aggiudicatrici, si rivela più ampia di quella adoperata dal legislatore nel D.lgs. 163/2006 ove si fa riferimento esclusivo agli *elenchi predisposti dalla stazione appaltante* (vd. artt. 40, comma 5, e 125, comma 11); essa trova, tuttavia, un correttivo nella **condizione di compatibilità con i principi del Codice** che implica la necessità di addivenire alla formazione di **elenchi aperti al mercato e fondati su criteri di selezione oggettivi e congrui.**

Questa impostazione trova conferma nelle Linee Guida Anac che sul punto dispongono che la scelta dei soggetti da invitare a presentare offerta possa avvenire *“**attingendo dall'elenco dei fornitori propri o da quelli presenti nel Mercato Elettronico delle P.A.**”* (vd. 4.1.1) e che *“**gli elenchi**”* siano *“**costituiti a seguito di avviso pubblico**”* che indichi *“**i requisiti generali di moralità di cui all'art. 80 del Codice che gli operatori economici devono possedere, la modalità di selezione degli operatori economici da invitare, le eventuali categorie e fasce di importo ...gli eventuali requisiti minimi richiesti per l'iscrizione, parametrati in ragione di ciascuna categoria o fascia di importo**”* (vd. 4.1.6).

In applicazione dei delineati principi, il Tar Puglia – Bari – sez. unite, ha accolto il ricorso presentato da un'amministrazione appaltante contro il provvedimento con cui il Ministero dell'Interno ha negato l'approvazione del contratto di appalto stipulato all'esito di una procedura negoziata ex art. 36, comma 2, lett. b), del d.lgs. n. 50/2016.

Alla base del provvedimento di diniego vi è l'asserita violazione del combinato disposto degli artt. 36, comma 2, lett. b) e 216, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016, fondata sul rilievo dell'illegittimità del ricorso agli elenchi MePA, per la selezione delle ditte invitate alla procedura, in luogo dello svolgimento d'ideonea indagine di mercato con avviso pubblico ovvero dell'utilizzo di un albo di operatori appositamente costituito dalla Stazione appaltante.

In particolare, secondo l'interpretazione fornita dal Ministero, prima dell'adozione delle linee-guida il riferimento della norma *“**ai vigenti elenchi utilizzati dalle stazioni appaltanti**”* obbligava le amministrazioni ad utilizzare esclusivamente albi di fornitori dalle stesse *“**formati**”*, escludendo ogni possibilità di considerare come idonei gli elenchi di operatori presenti sul Me.PA.

Afferma in senso contrario il Collegio nella sentenza in rassegna che l'interpretazione offerta dal Ministero *oltre a non trovare alcun riscontro letterale nel testo della disposizione normativa, risulta contraria alla ratio della disciplina transitoria che ha invece inteso individuare nella **compatibilità con il nuovo codice** il criterio discretivo della idoneità/inidoneità degli elenchi “**utilizzati**” dalle stazioni appaltanti, così valorizzando alcune buone prassi già diffuse nell'esperienza delle pubbliche amministrazioni, rendendole immediatamente adoperabili nelle more dell'adozione delle linee-guida.*

Peraltro, la tesi ministeriale risulta anche sconfessata dall'intervento esplicativo dell'ANAC, che, come innanzi rilevato, ha espressamente riconosciuto alle amministrazioni la possibilità di attingere i soggetti da invitare *“**dall'elenco dei fornitori propri o da quelli presenti nel Mercato Elettronico della P.A.**”* [cfr. linee-guida n. 4 del 26 ottobre 2016, punto 4.1.1, lettera c)].

Le linee-guida in questione risultano sul punto meramente ricognitive di un dato già

chiaramente espresso dall'art. 36 oltre che dall'art. 216, comma 9, cit., atteso che già all'epoca della gara gli elenchi di operatori presenti sul MePA risultavano utilizzabili, in quanto compatibili con i principi del nuovo codice, essendo aperti all'inserimento degli operatori interessati e in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, affidabilità e professionalità, individuati in base a criteri rigorosi e trasparenti, nel rispetto del principio di non discriminazione.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezioni Unite)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 del codice del processo amministrativo;

sul ricorso numero di registro generale 763 del 2017, proposto da:

Comune di Vico del Gargano, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso

dall'avvocato Giacinto Lombardi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Giandonato Uva in Bari, via Giandomenico Petroni, 3;

contro

Ministero dell'Interno - Dipartimento Politiche Personale Amministrazione Civile e Risorse Strumentali e Finanziarie, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Bari, domiciliataria in Bari, via Melo, 97;

nei confronti di

Vastarredo s.r.l.;

per l'annullamento

- del provvedimento datato 31 maggio 2017, prot. n. 452, del Ministero dell'Interno - Dipartimento Politiche Personale dell'Amministrazione Civile e Risorse Strumentali e Finanziarie - Piano azione Giovani Sicurezza e Legalità - Linea Intervento 2 - Linea azione 2 a) Attività infrastrutturale;
- del provvedimento datato 5 maggio 2017, prot. n. 2/2017 PAG, del Ministero dell'Interno - Dipartimento Politiche Personale dell'Amministrazione Civile e Risorse Strumentali e Finanziarie - Piano azione Giovani Sicurezza e Legalità - Linea Intervento 2 - Linea azione 2 a) Attività infrastrutturale;
- del preavviso di rigetto (ex art.10 bis L. n. 241/90), prot. n. 284 del 10 marzo 2017 del Ministero dell'Interno - Dipartimento Politiche Personale dell'Amministrazione Civile e Risorse Strumentali e Finanziarie - Piano azione Giovani Sicurezza e Legalità - Linea Intervento 2 - Linea azione 2 a) Attività infrastrutturale;
- di ogni ulteriore atto specificamente indicato in ricorso.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero dell'Interno;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore la dott.ssa Maria Grazia D'Alterio e uditi nella camera di consiglio del giorno 6 settembre 2017 per le parti i difensori avv. Giacinto Lombardi e avv. dello Stato Lucrezia Principio;

Comunicata alle parti in forma diretta ed esplicita la possibilità di adottare una sentenza semplificata, ricorrendone le condizioni previste;

Sentite le stesse ai sensi dell'art. 60 del codice del processo amministrativo, approvato con il decreto legislativo 2 luglio 2010 n. 104;

I. Con il ricorso in esame è contestata la legittimità del provvedimento, meglio precisato in epigrafe, con cui Ministero dell'Interno ha negato l'approvazione del contratto di fornitura ed allestimento arredi stipulato tra il Comune di Vico del Gargano e la società Vastarredo s.r.l., all'esito della procedura negoziata espletata ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. b), del d.lgs. n. 50/2016, per un importo di aggiudicazione di € 41.585,00 oltre IVA.

Detta approvazione risultava tuttavia propedeutica all'effettiva erogazione del finanziamento concesso per il Progetto "Costruire la legalità", relativo alle opere di ristrutturazione dell'anfiteatro comunale (in cui la citata procedura di acquisto si inseriva), nell'ambito del PON Sicurezza per lo Sviluppo- Obiettivo Convergenza 2007-2013, Piano di azione Giovani, Sicurezza e Legalità.

Alla base del provvedimento di diniego, l'intimato Ministero ha posto la violazione del combinato disposto degli artt. 36, comma 2, lett. b) e 216, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016, sostenendo l'illegittimità della prescelta modalità di selezione delle 5 ditte invitate alla procedura, assumendo non essere consentito il ricorso agli elenchi MePA in luogo dello svolgimento d'idonea indagine di mercato con avviso pubblico ovvero dell'utilizzo di un albo di operatori appositamente costituito dalla Stazione appaltante, come previsto dalla normativa all'uopo richiamata.

I.2 A sostegno del ricorso il Comune di Vico del Gargano ha dedotto due motivi di gravame, con cui, in estrema e doverosa sintesi:

- da un lato, ha rimarcato che la procedura di scelta degli operatori economici da invitare è stata svolta in conformità alla disciplina transitoria prevista dall'art. 216, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016, ovvero garantendo la massima trasparenza ed escludendo in radice qualsivoglia modalità discriminatoria fra gli operatori del settore;

- dall'altro, ha stigmatizzato il comportamento del Ministero, per aver inviato il preavviso di diniego quando oramai la fornitura era stata in tutto eseguita, in patente violazione dell'affidamento indotto nel Comune che invece aveva provveduto ad inviare gli atti della procedura ben otto mesi prima, nel rispetto dei tempi stabiliti.

I. 3 Resiste il Ministero intimato, eccependo l'infondatezza delle avverse censure.

I.4 Sussistendo i presupposti per una pronuncia in forma semplificata, all'udienza camerale del 6 settembre 2017 la causa è stata trattenuta in decisione dal Collegio.

II. Il ricorso è fondato.

II.1 L'art. 36 del d.lgs. n. 50 del 18 aprile 2016, nel disciplinare le procedure per l'aggiudicazione dei contratti di servizi e forniture di importo superiore a 40.000,00 euro e inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria di cui all'articolo 35, fatta "salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie", ha previsto l'ulteriore possibilità per le stazioni appaltanti di ricorrere alla "procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, (...) di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti".

Il successivo comma 7, ha poi affidato all'ANAC il compito di adottare, entro novanta giorni dall'entrata in vigore del codice, apposite linee-guida per stabilire "le modalità di dettaglio per supportare le stazioni appaltanti e migliorare la qualità delle procedure di cui al presente articolo, delle indagini di mercato, nonché per la formazione e gestione degli elenchi degli operatori economici. ...".

Nelle more, l'art. 216, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016 ha introdotto una disciplina transitoria, a mente della quale: "Fino all'adozione delle linee guida previste dall'articolo 36, comma 7, l'individuazione degli operatori economici avviene tramite indagini di mercato effettuate dalla stazione appaltante mediante avviso pubblicato sul proprio profilo del committente per un periodo non inferiore a quindici giorni, specificando i requisiti minimi richiesti ai soggetti che si intendono invitare a presentare offerta, ovvero mediante selezione dai vigenti elenchi di operatori economici utilizzati dalle stazioni appaltanti, se compatibili con il presente codice".

II.2 Secondo l'interpretazione fornita dal Ministero, prima dell'adozione delle linee-guida, il riferimento della norma "ai vigenti elenchi utilizzati dalle stazioni appaltanti" obbligava le Amministrazioni ad utilizzare esclusivamente albi di fornitori dalle stesse "formati", escludendo ogni possibilità di considerare come idonei gli elenchi di operatori presenti sul Me.PA.

II.3 L'assunto non convince.

La propugnata interpretazione, infatti, oltre a non trovare alcun riscontro letterale nel testo della disposizione normativa, risulta contraria alla ratio della disciplina transitoria che ha invece inteso individuare nella compatibilità con il nuovo codice il criterio discretivo della idoneità/inidoneità degli elenchi "utilizzati" dalle stazioni appaltanti, così valorizzando alcune buone prassi già diffuse nell'esperienza delle pubbliche amministrazioni, rendendole immediatamente adoperabili nelle more dell'adozione delle linee-guida.

Peraltro, come rimarcato dalla difesa del civico ente, la tesi qui respinta risulta anche sconfessata dall'intervento esplicativo dell'ANAC, che ha espressamente riconosciuto alle amministrazioni la possibilità di attingere i soggetti da invitare "dall'elenco dei fornitori propri o da quelli presenti nel Mercato Elettronico della P.A." [cfr. linee-guida n. 4 del 26 ottobre 2016, punto 4.1.1, lettera c)].

Le linee-guida in questione, aventi carattere non vincolante e finalisticamente improntate all'individuazione ed all'implementazione di buone prassi, attraverso ulteriori indicazioni di dettaglio rispetto alla disciplina legislativa (cfr. parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato n. 1903 del 13 settembre 2016), risultano sul punto meramente ricognitive di un dato già chiaramente espresso dall'art. 36 oltre che dall'art. 216, comma 9, cit., atteso che già all'epoca della gara gli elenchi di operatori presenti sul MePA risultavano utilizzabili, in quanto compatibili con i principi del nuovo codice, essendo aperti all'inserimento degli operatori interessati e in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, affidabilità e professionalità, individuati in base a criteri rigorosi e trasparenti, nel rispetto del principio di non discriminazione.

II.4 In conclusione il ricorso è accolto, con annullamento degli atti gravati.

II.5 La novità della questione esaminata giustifica la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sede di Bari, Sez. Unica, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 6 settembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppina Adamo, Presidente

Maria Grazia D'Alterio, Referendario, Estensore

Flavia Risso, Referendario

[1] Cfr. Anac (ex Avcp), determinazione n. 2 del 6 aprile 2011.