



.....OMISSIS.....

## Oggetto

Procedura negoziata senza bando – d.l. 77/2021 conv. in l.n. 108/2021 – richiesta di parere.

### **Funz. Cons. 13/2021**

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 30 novembre 2021, acquisita al prot. Aut. n. 85824, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 12 gennaio 2022, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente si rappresenta che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d'appalto o di concessione, fatto salvo l'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del Regolamento del 28 giugno 2017.

Con riferimento a quanto richiesto nella nota sopra indicata, riferita all'espletamento di una procedura negoziata ai sensi dell'art. 63 del d.lgs.50/2016, sulla base delle previsioni dell'art. 1, comma 2, lett. b) del d.l. 76/2020, conv. in l.n. 120/2020 (come modificato dal d.l. 77/2021 conv. in l. n. 108/2021), si rinvia in primo luogo a quanto stabilito dalla norma da ultimo citata, a tenore della quale le stazioni appaltanti procedono all'affidamento dei lavori, servizi e forniture, nonché dei servizi di ingegneria e architettura, inclusa l'attività di progettazione, di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo n. 50/2016 secondo le seguenti modalità «(...) b) *procedura negoziata, senza bando, di cui all'articolo 63 del decreto legislativo n. 50 del 2016, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, che tenga conto anche di una diversa dislocazione territoriale delle imprese invitate, individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici*, per l'affidamento di servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo pari o superiore a 139.000 euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo n. 50 del 2016 e di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a un milione di euro, ovvero di almeno dieci operatori per lavori di importo pari o superiore a un milione di euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo n. 50 del 2016. Le stazioni appaltanti danno evidenza dell'avvio delle procedure negoziate di cui alla presente lettera tramite pubblicazione di un avviso nei rispettivi siti internet istituzionali. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento, la cui pubblicazione nel caso di cui alla lettera a) non è obbligatoria per affidamenti inferiori ad euro 40.000, contiene anche l'indicazione dei soggetti invitati».

La disposizione sopra richiamata stabilisce, quindi, espressamente che per la procedura negoziata da svolgere previa consultazione di almeno cinque o dieci operatori economici (in

base all'importo del contratto), le stazioni appaltanti procedono all'individuazione degli stessi in base a *indagini di mercato* (preordinate a conoscere gli operatori interessati a partecipare alla procedura selettiva) o *tramite elenchi di operatori economici*, nel rispetto del criterio di rotazione degli inviti.

In relazione a quanto sopra, con specifico riferimento allo svolgimento delle indagini di mercato, con Linee guida n. 4 ("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"), l'Autorità ha chiarito che le stesse «sono svolte secondo le modalità ritenute più convenienti dalla stazione appaltante, differenziate per importo e complessità di affidamento, secondo i principi di adeguatezza e proporzionalità, anche tramite la consultazione dei cataloghi elettronici del mercato elettronico propri o delle altre stazioni appaltanti, nonché di altri fornitori esistenti, formalizzandone i risultati, eventualmente ai fini della programmazione e dell'adozione della determina a contrarre o dell'atto equivalente, avendo cura di escludere quelle informazioni che potrebbero compromettere la posizione degli operatori sul mercato di riferimento. La stazione appaltante deve comunque tener conto dell'esigenza di protezione dei segreti tecnici e commerciali». Inoltre, «La stazione appaltante assicura l'opportuna pubblicità dell'attività di esplorazione del mercato, scegliendo gli strumenti più idonei in ragione della rilevanza del contratto per il settore merceologico di riferimento e della sua contendibilità, da valutare sulla base di parametri non solo economici. A tal fine la stazione appaltante pubblica un avviso sul profilo di committente, nella sezione "amministrazione trasparente" sotto la sezione "bandi e contratti", o ricorre ad altre forme di pubblicità. La durata della pubblicazione è stabilita in ragione della rilevanza del contratto, per un periodo minimo identificabile in quindici giorni, salva la riduzione del suddetto termine per motivate ragioni di urgenza a non meno di cinque giorni».

La stazione appaltante può individuare gli operatori economici da invitare, selezionandoli anche da elenchi appositamente costituiti a seguito di avviso pubblico, secondo le modalità indicate nei paragrafi 5.1.6 e seguenti, delle citate Linee guida n. 4.

Occorre aggiungere a quanto sopra che «nell'ipotesi in cui l'Amministrazione scelga di condurre un'indagine di mercato, la pubblicazione dell'avviso relativo all'avvio dell'indagine di mercato sul proprio sito istituzionale, di cui alle cennate Linee Guida, deve ritenersi, anche in ossequio alla finalità di semplificazione amministrativa che ispira l'intero decreto legge n. 76 del 2020, *necessaria* in quanto soddisfattiva dell'obbligo di pubblicazione di avvio della procedura previsto dal citato articolo 1, comma 2, lettera b). Laddove, invece, la stazione appaltante decida di utilizzare elenchi, la stessa, in applicazione delle previsioni di cui al citato articolo 1, comma 2, è tenuta a dare immediata evidenza dell'avvio della procedura negoziata mediante la pubblicazione sul proprio sito istituzionale di uno specifico *avviso*, recante l'indicazione anche dei riferimenti dell'elenco da cui le imprese sono state scelte. Ciò, al fine di garantire la massima trasparenza dell'azione amministrativa e di consentire, al contempo, nuove iscrizioni in detto elenco. A tale riguardo, si richiama l'attenzione sulla necessità di provvedere, nel rispetto delle forme di pubblicità di cui alle predette Linee Guida 4, all'aggiornamento degli elenchi di operatori economici preesistenti all'entrata in vigore del decreto legge n. 76 del 2020, stante l'innalzamento delle soglie per le quali è de iure condito consentito il ricorso alle procedure negoziate ex art. 63 del codice dei contratti e l'ineludibile

esigenza di assicurare la più ampia partecipazione degli operatori economici (...)» (Circolare MIMS n. 523/2021).

Una volta conclusa l'indagine di mercato e formalizzati i relativi risultati, ovvero consultati gli elenchi di operatori economici, la stazione appaltante seleziona, in modo non discriminatorio, gli operatori da invitare alla procedura negoziata.

Dalle considerazioni svolte, anche alla luce del chiaro disposto normativo dell'art. 1, comma 2, del d.l. 76/2020, sopra richiamato, deriva quindi che gli operatori economici da invitare alla procedura negoziata ivi prevista, sono individuati mediante *indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici*, secondo le modalità indicate nelle citate Linee guida n. 4, preordinate a garantire (tra l'altro) il rispetto dei criteri di trasparenza e imparzialità che regolano l'affidamento dei contratti pubblici.

Non appare consentito, invece, individuare detti operatori economici mediante consultazione del Casellario Informativo delle Imprese, previsto e disciplinato dall'art. 213 del d.lgs. 50/2016.

Tale possibilità, infatti, oltre a non essere prevista dalle disposizioni sopra richiamate in materia di procedura negoziata senza bando, appare altresì non coerente con le previsioni del citato art. 213, comma 10 del Codice e con le funzioni assegnate dal Legislatore al predetto Casellario Informativo.

Si osserva, infatti, che ai sensi del comma 10 del citato art. 213, «L'Autorità gestisce il Casellario Informativo dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, istituito presso l'Osservatorio, contenente tutte le notizie, le informazioni e i dati relativi agli operatori economici con riferimento alle iscrizioni previste dall'articolo 80. L'Autorità stabilisce le ulteriori informazioni che devono essere presenti nel casellario ritenute utili ai fini della tenuta dello stesso, della verifica dei gravi illeciti professionali di cui all'articolo 80, comma 5, lettera c), dell'attribuzione del rating di impresa di cui all'articolo 83, comma 10, o del conseguimento dell'attestazione di qualificazione di cui all'articolo 84. L'Autorità assicura, altresì, il collegamento del casellario con la banca dati di cui all'articolo 81».

La finalità del Casellario Informativo traspare dalla stessa formulazione dell'enunciato normativo sopra richiamato e consiste nella realizzazione di una banca dati integrata, che raccoglie le informazioni e le notizie rilevanti per le stazioni appaltanti in vista della verifica del possesso dei requisiti generali e speciali degli operatori economici (Consiglio di Stato n. 4299/2021). Il Casellario consente, altresì, il controllo del possesso da parte delle imprese, dell'attestato di qualificazione per l'esecuzione di lavori pubblici di importo superiore a 150.000 Euro (si veda al riguardo, il Comunicato del Presidente del 5.5.2021 - Nuova funzionalità per la ricerca delle attestazioni di qualificazione per l'esecuzione di lavori pubblici di importo superiore a 150.000 Euro, rilasciate alle imprese dagli Organismi di attestazione – SOA; si veda altresì il Regolamento per la gestione del Casellario Informativo del 6.6.2018, consultabile sul sito istituzionale).

Il Casellario Informativo costituisce, quindi, una banca dati gestita dall'Autorità, contenente notizie e informazioni sugli operatori economici, trasmesse da questi ultimi, dalle SOA e dalle stazioni appaltanti, come meglio indicato nel Regolamento adottato dall'Autorità (Regolamento per la gestione del Casellario Informativo dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture) e non può essere inteso come un elenco/albo professionale dal quale la stazione

appaltante può attingere al fine di individuare gli operatori economici da invitare alle singole procedure negoziate finalizzate all'affidamento di contratti pubblici.

Sulla base delle considerazioni che precedono, si rimette quindi a codesta stazione appaltante ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato.

*Avv. Giuseppe Busia*

Atto firmato digitalmente il 19 gennaio 2022