



.....OMISSIS.....

## Oggetto

Affidamento dei lavori di bitumatura delle strade comunali - Procedura negoziata ai sensi dell'art. 50, comma 1, lett. c) del d.lgs. 36/2023 – consultazione operatori economici – modalità di selezione - richiesta parere.

### **FUNZ CONS 11/2024**

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 27 novembre 2023, acquisita al prot. Aut. n. 105838, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, come modificato con delibera n. 654 del 22 settembre 2021, si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 28 febbraio 2024, 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 approvato con delibera n. 269 del 20 giugno 2023. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell'istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti nella stessa.

Con la nota sopra indicata l'Amministrazione istante, in relazione ai lavori in oggetto, comunica l'intenzione di adottare, quale criterio di selezione dei cinque operatori da invitare alla procedura negoziata prevista dall'art. 50, comma 1, lett. c) del d.lgs. 36/2023, a seguito di avviso di avvio di indagine di mercato, quello dell'ordine cronologico di arrivo delle manifestazioni di interesse in luogo dell'estrazione, riservata dal nuovo Codice a casi eccezionali, al fine di garantire comunque l'affidamento in tempi celeri. La predetta Amministrazione chiede, quindi, se il criterio dell'ordine cronologico di arrivo delle manifestazioni di interesse sopra indicato, possa ritenersi conforme alle previsioni dell'art. 2, comma 3, Allegato II.1, del d.lgs. 36/2023 e idoneo a soddisfare i requisiti di oggettività, coerenza con l'oggetto e con la finalità dell'affidamento, nonché con i principi di concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza, ivi richiamati.

In relazione al quesito posto e per quanto di interesse ai fini del parere, si richiama preliminarmente l'art. 50, comma 1, del d.lgs. 36/2023, a tenore del quale «*Salvo quanto previsto dagli articoli 62 e 63, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento dei contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 14 con le seguenti modalità: [...] c) procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, individuati in base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per i lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1 milione di euro; [...]*».

Il comma 2 della medesima disposizione stabilisce a sua volta che «Gli elenchi e le indagini di mercato sono gestiti con le modalità previste nell'allegato II.1. Per la selezione degli operatori da invitare alle procedure negoziate, le stazioni appaltanti non possono utilizzare il sorteggio o altro metodo di estrazione casuale dei nominativi, se non in presenza di situazioni particolari e

specificamente motivate, nei casi in cui non risulti praticabile nessun altro metodo di selezione degli operatori. Le stazioni appaltanti pubblicano sul proprio sito istituzionale i nominativi degli operatori consultati nell'ambito delle procedure di cui al comma 1».

La disposizione sopra richiamata, nel disciplinare le procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea, rinvia all'Allegato II.1 per l'individuazione delle modalità di gestione degli elenchi e delle indagini di mercato, prevedendo espressamente, ai fini della selezione degli operatori da invitare alle procedure negoziate, il divieto del sorteggio (in conformità al criterio della legge delega n. 78/2022 di cui all'art. 1, comma 2, lettera f) o di altro metodo di estrazione casuale dei nominativi, se non in presenza di situazioni particolari e specificamente motivate, nei casi in cui non risulti praticabile nessun altro metodo di selezione degli operatori economici.

Il criterio prescelto ai fini sopra indicati, deve essere indicato nella determina a contrarre, secondo quanto prescritto dall'art. 1, comma 2, dell'Allegato II.1 del Codice, nonché nell'avviso di avvio dell'indagine di mercato, secondo le disposizioni dell'art. 2, comma 3, dello stesso Allegato.

Tale ultima previsione stabilisce, infatti, che «(...) Nel caso in cui sia previsto un numero massimo di operatori da invitare, l'avviso di avvio dell'indagine di mercato indica anche i criteri utilizzati per la scelta degli operatori».

La norma aggiunge inoltre che «Tali criteri devono essere oggettivi, coerenti con l'oggetto e la finalità dell'affidamento e con i principi di concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza. Il sorteggio o altri metodi di estrazione casuale dei nominativi sono consentiti solo in casi eccezionali in cui il ricorso ai criteri di cui al terzo periodo è impossibile o comporta per la stazione appaltante oneri assolutamente incompatibili con il celere svolgimento della procedura; tali circostanze devono essere esplicitate nella determina a contrarre (o in atto equivalente) e nell'avviso di avvio dell'indagine di mercato».

Lo stesso principio è espresso all'art. 3, comma 4, del medesimo Allegato, in relazione all'individuazione degli operatori economici da invitare alla procedura negoziata, selezionandoli da elenchi appositamente costituiti dalla stazione appaltante.

Determina a contrarre e avviso di avvio dell'indagine di mercato, quindi, devono indicare (tra l'altro) i criteri per la scelta degli operatori economici da invitare alla procedura negoziata e tali criteri devono avere i caratteri sopra indicati.

Come chiarito nella Relazione Illustrativa del Codice in ordine alle previsioni dell'art. 1 dell'Allegato II.1., «l'indagine di mercato prende avvio con la determina a contrarre (ovvero con atto equivalente secondo l'ordinamento della singola stazione appaltante) che contiene una serie di elementi ivi specificamente indicati. Nel contenuto della determina a contrarre figura l'indicazione dei criteri per l'individuazione degli operatori da invitare alla procedura negoziata allorché la stazione appaltante intende operare uno sbarramento in ordine al numero degli stessi; tale previsione risponde al principio generale di predeterminazione dei criteri *lato sensu* selettivi nelle procedure comparative. L'inserimento di tale previsione già nella determina a contrarre (potendosi, in alternativa, ipotizzare la loro indicazione nel solo atto di invito a presentare le manifestazioni di interesse) è coerente con la peculiare rilevanza che tali criteri assumono ai fini dell'individuazione degli operatori economici da invitare alla procedura negoziata dopo che l'art. 1, comma 2, lettera f), della legge 21 giugno 2022, n. 78 ha vietato, a tal fine, il ricorso al sorteggio o ad altri criteri casuali».

La Relazione illustrativa, con riguardo al contenuto dell'avviso di avvio dell'indagine di mercato (art. 2 Allegato II.1) aggiunge che lo stesso deve indicare (tra l'altro) il numero minimo ed eventualmente massimo di operatori che saranno invitati alla procedura e i criteri di selezione degli

operatori economici, e chiarisce che «Nel caso in cui sia previsto un numero massimo di operatori da invitare, l'avviso deve indicare anche i criteri utilizzati per la scelta degli operatori; tali criteri devono essere oggettivi, coerenti con l'oggetto e la finalità dell'affidamento e con i principi di concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza, fermo restando il divieto di sorteggio o di altri metodi di estrazione casuale dei nominativi, se non in presenza di situazioni particolari e specificamente motivate, come espressamente previsto dall'art. 1 comma 2 lettera f) della legge n. 78 del 2022. Ai fini dell'utilizzazione di tali criteri va considerato che dal novero degli operatori da considerare, tra quelli che hanno presentato manifestazioni d'interesse, devono essere esclusi quelli che non hanno dichiarato il possesso dei requisiti richiesti dalla stazione appaltante e, in applicazione del principio di rotazione, l'affidatario uscente».

La ratio delle norme sopra indicate, con particolare riguardo all'art. 50, comma 2, del Codice e all'art. 2, comma 3, dell'Allegato II.1, letta alla luce dei chiarimenti contenuti nella Relazione Illustrativa, va quindi individuata nella chiara volontà del legislatore - in ossequio al principio generale di predeterminazione dei criteri selettivi nelle procedure comparative - di fare in modo che gli inviti non siano determinati da metodi casuali, ma presieduti da criteri oggettivi, affinché siano effettivamente selezionate le imprese ritenute più idonee in relazione all'oggetto specifico dell'appalto da affidare e alle finalità pubbliche ad esso sottese.

A titolo indicativo - fermo per i lavori il possesso della qualificazione SOA quale requisito necessario e sufficiente - si potrebbero utilizzare ulteriori elementi curriculari (fatturato specifico, elenco lavori, ecc.) che siano pertinenti all'oggetto dell'affidamento e diano evidenza della solidità ed affidabilità dei concorrenti, senza in ogni caso introdurre soglie di sbarramento, sì da garantire a tutti l'ingresso nell'elenco o nel ventaglio dei soggetti da invitare, opportunamente graduati sulla base degli elementi previsti, e invitando il numero che la procedura richieda partendo da quelli più alti in graduatoria.

In sostanza, le norme richiamate mirano ad evitare che le stazioni appaltanti scelgano gli operatori economici nell'ambito delle procedure di cui all'art. 50, comma 1, lett. c), d) ed e), del Codice, ricorrendo a sistemi di selezione del tutto casuali come il sorteggio o simili, senza individuare e utilizzare criteri selettivi connessi all'oggetto e alla finalità dell'affidamento.

Tali finalità appaiono ancora più evidenti alla luce delle previsioni dell'art. 1, comma 3, dell'Allegato II.1 del d.lgs. 36/2023 a tenore delle quali le stazioni appaltanti possono dotarsi, nel rispetto del proprio ordinamento, di un regolamento in cui sono disciplinati (anche) i criteri di scelta dei soggetti da invitare a presentare offerta a seguito di indagine di mercato o attingendo dall'elenco degli operatori economici propri o da quelli presenti nel mercato elettronico delle pubbliche amministrazioni o in altri strumenti similari gestiti dalle centrali di committenza di riferimento.

Si è in tal modo stabilito che le stazioni appaltanti possono disciplinare, in apposito regolamento, tale aspetto delle procedure negoziate, quale previsione che sottolinea la peculiare rilevanza che i predetti criteri assumono ai fini dell'individuazione degli operatori economici da invitare alla procedura negoziata (come sottolineato nella Relazione Illustrativa).

Per quanto sopra, alla luce della *ratio* delle norme sopra richiamate, il criterio cronologico, ossia l'ordine di arrivo delle manifestazioni di interesse alla stazione appaltante, sembra qualificabile - al pari del sorteggio - quale criterio di selezione che determina di fatto un'individuazione "casuale" degli operatori economici da invitare alla procedura negoziata, in quanto non ancorato ai criteri oggettivi indicati dal d.lgs. 36/2023.

Tale criterio, al pari del sorteggio, non appare quindi conforme alle norme sopra richiamate, in quanto non idoneo a soddisfare i requisiti di oggettività e di coerenza con l'oggetto e la finalità

dell'affidamento, né appare conforme ai principi di concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza, determinando un limite all'accesso alla procedura negoziata fondato essenzialmente su un criterio del tutto casuale e non coerente con la ratio delle predette norme.

In quanto tale, il predetto criterio – al pari del sorteggio – potrebbe ritenersi ammissibile in via del tutto eccezionale e residuale, entro i limiti e alle condizioni previste nell'art. 50, comma 2 del Codice e nell'art.2, comma 3, dell'Allegato II.1 per il ricorso al sorteggio, ossia in presenza di situazioni eccezionali in cui il ricorso ai criteri oggettivi sopra indicati è impossibile o comporta per la stazione appaltante oneri assolutamente incompatibili con il celere svolgimento della procedura.

Al riguardo, in ogni caso, sembra opportuno evidenziare che già nel previgente assetto normativo di settore recato dal d.lgs. 50/2016, l'Autorità ha avuto modo di esprimere avviso in termini negativi sul criterio di selezione basato sull'ordine cronologico di arrivo, cioè sulla tempestività della domanda, affermando che lo stesso «non è in grado di garantire la medesima casualità del sorteggio e di neutralizzare il possibile rischio di asimmetrie informative tra i potenziali concorrenti. La pubblicità, ove (...) si decida di rendere nota la procedura mediante un avviso di manifestazione di interesse, deve essere "funzionale", nel senso che il mezzo prescelto deve essere idoneo allo scopo di raggiungere la più ampia sfera di potenziali operatori interessati all'affidamento, in relazione all'entità e all'importanza dell'appalto (deliberazione AVCP n. 13 del 23 aprile 2014). Tale obiettivo risulta sostanzialmente vanificato dall'utilizzo del criterio cronologico dell'ordine di arrivo delle candidature, quale metodo di selezione per gli operatori da invitare. Questa criticità in fase applicativa è stata più volte riscontrata dall'Autorità nell'ambito dell'attività di vigilanza ed è stata segnalata anche nel documento di consultazione predisposto ai fini dell'aggiornamento delle Linee guida n. 4 (febbraio 2019). In quella sede, allo scopo di orientare l'azione delle stazioni appaltanti verso comportamenti rispettosi delle disposizioni vigenti in materia di affidamenti sotto soglia, è stato confermato il divieto di prevedere l'adozione del criterio cronologico basato sull'ordine di arrivo delle domande di partecipazione ai fini della selezione degli operatori da invitare (...)» (delibera n. 827/2019-Prec 120/19/L).

L'Autorità ha quindi sottolineato i rischi insiti nella scelta del criterio cronologico di arrivo della domanda ai fini in esame, legati essenzialmente a possibili asimmetrie informative tra i potenziali concorrenti o ad accordi collusivi tra gli stessi.

Il Mit, conformandosi a tale orientamento in relazione al regime delineato dal d.lgs. 50/2016 (parere n. 698/2020), successivamente, con specifico riferimento al nuovo assetto normativo di settore recato dal d.lgs. 36/2023, richiamate le previsioni dell'Allegato II.1 del Codice con particolare riguardo all'art. 3, comma 4, dello stesso ha ribadito che ai fini in esame «...*occorre individuare i criteri oggettivi per la selezione delle imprese*» rispetto ai quali, criteri come il sorteggio non sono più consentiti se non in presenza di situazioni particolari e specificamente motivate (parere n. 2143/2023).

Alla luce di quanto sopra, in risposta al quesito posto, tenuto conto del disposto normativo dell'art. 50, comma 2, del Codice e dell'art. 2, comma 3, dell'Allegato II.1, nonché della *ratio* delle norme stesse, riferita alla necessità di evitare il ricorso al sorteggio o ad altri criteri casuali di selezione delle imprese da invitare alle procedure negoziate, deve ritenersi non coerente con tali prescrizioni normative, il ricorso al criterio cronologico di arrivo delle manifestazioni di interesse, in quanto metodo di selezione "casuale" degli operatori economici che, al pari del sorteggio, non appare idoneo a soddisfare i requisiti di oggettività, coerenza con l'oggetto e con la finalità dell'affidamento, nonché con i principi di concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza, richiamate dalle norme, nel senso sopra indicato.

Il ricorso a tale criterio selettivo, potrebbe in ipotesi ritenersi ammissibile in via del tutto eccezionale e residuale, entro i limiti e alle condizioni stabilite dalle norme stesse ai fini dell'adozione del criterio del sorteggio, previa adeguata motivazione da parte della stazione appaltante.

Sulla base delle considerazioni che precedono, si rimette 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*