



PRESIDENTE

Alla Sezione regionale Osservatorio Contratti Pubblici
Della Regione Puglia
omissis

Al Responsabile del Servizio Lavori Pubblici
del Comune di Bitonto
omissis

Fasc. UVLA 3700/2021

Oggetto

Comune di Bitonto - POR Puglia FESR 2014/2020 - Realizzazione del centro comunale di raccolta rifiuti nella frazione di Mariotto. Segnalazione della Sezione regionale Osservatorio Contratti Pubblici della Puglia – richiesta di parere in merito alla corretta interpretazione dell'art. 1 comma 2 b) della Legge 11 settembre 2020, n. 120.

Premessa

Con nota assunta a prot. n. 0051168 del 30/06/2021 l'Osservatorio regionale della Puglia, ha rappresentato la presenza di presunte anomalie nella gara per l'affidamento dei lavori in oggetto effettuata dal Comune di Bitonto; in particolare ha contestato a quest'ultimo una specifica clausola del bando di gara che circoscriveva la partecipazione dei concorrenti al solo territorio della Provincia di Bari. La gara risultava definitivamente aggiudicata nell'aprile del 2021.

La suddetta clausola territoriale è stata ritenuta dall'Osservatorio restrittiva per la concorrenza e conseguentemente "*l'accertamento di tale irregolarità, nel controllo desk della documentazione della spesa sostenuta, avrebbe comportato una rettifica finanziaria valutata secondo le linee guida della Commissione Europea C (2019) 3452 final del 14/05/2019*", ovvero compresa tra un minimo del 10% ed un massimo del 25% dell'importo finanziato.

L'Osservatorio Regionale ha chiesto al riguardo a questa Autorità "*un parere circa la corretta interpretazione data dallo scrivente Ufficio al caso in esame*".

Il Consiglio dell'Autorità, vista la relazione dell'Ufficio di Vigilanza ed acquisito il parere dell'Ufficio Giuridico, nella seduta del 27 luglio 2022 si è espresso con le considerazioni nel seguito riportate.

Considerato in fatto

Il progetto in oggetto del Comune di Bitonto, in seguito alla partecipazione all'Avviso pubblico per la realizzazione di centri comunali di raccolta rifiuti differenziati di cui alla d.d. n. 226 del 26/09/2017 della Sezione ciclo rifiuti e bonifica della Regione Puglia, veniva positivamente valutato e ammesso a finanziamento per € 300.000,00 a valere sulle risorse del POR Puglia FSE-FESR 2014/2020.

Con nota del 26/04/2021 il Comune di Bitonto inviava all'Osservatorio Regionale la determinazione del Responsabile del Servizio Lavori Pubblici del 25/04/2021 di aggiudicazione definitiva dell'appalto per la realizzazione del centro comunale di raccolta rifiuti nella frazione di Mariotto.



Dalla lettura del suddetto provvedimento di aggiudicazione definitiva l'Osservatorio rilevava che la procedura di gara espletata per il tramite della piattaforma telematica EmPulia era stata condotta mediante l'individuazione di 15 operatori economici selezionati esclusivamente nell'ambito circoscritto al territorio della Città Metropolitana di Bari.

A tal proposito l'Osservatorio Regionale, rilevando che la limitazione territoriale comportava una restrizione della concorrenza, in data 26/05/2021 comunicava al Soggetto beneficiario che, qualora la clausola di limitazione territoriale contenuta nelle lettere di invito della procedura negoziata fosse stata confermata, tale fatto avrebbe costituito una violazione dei principi concorrenziali in quanto discriminatoria sulla base di preferenze territoriali ingiustificate, con le conseguenti possibili rettifiche finanziarie sopra citate.

Il Comune di Bitonto con nota dell'8 giugno 2021, confermava la correttezza del proprio operato e, riferendosi al disposto dell'art. 1, co. 2, lett. b) della L. 120/2020, adduceva che la locuzione "diversa dislocazione territoriale delle imprese invitate" riportata nell'articolo consentiva margini di discrezionalità alle Stazioni appaltanti nella scelta dell'estensione del perimetro territoriale entro cui circoscrivere gli inviti; pertanto, trattandosi di norma a carattere derogatorio era da intendersi come una restrizione finalizzata all'esigenza di limitare al minimo indispensabile gli spostamenti nel periodo emergenziale.

L'Osservatorio replicava alla stazione appaltante che, pur riconoscendo che l'art. 1, co. 2, lett. b) della L. 120/2020 non precisa su che base, regionale, provinciale o altro, dovesse considerarsi la "diversa dislocazione territoriale", si riteneva che introducendo limitazioni di tipo territoriale potessero prodursi *"gli stessi effetti discriminatori che con consolidato orientamento, la giurisprudenza e l'ANAC censurano in quanto lesivi dei principi di uguaglianza, non discriminazione, parità di trattamento e concorrenza"*.

Segnalava altresì che in merito il Ministero delle Infrastrutture aveva espresso un proprio parere (n. 790 del 13/11/2020) col quale precisava che il criterio della "diversa la dislocazione territoriale", non può essere strumentalmente utilizzato al solo fine di favorire le imprese del territorio, ma *"La stazione appaltante, motivando e nel rispetto della trasparenza, potrà delimitare l'ambito territoriale degli operatori da invitare in base alla sede legale e/o operativa dell'impresa, da valutarsi in maniera proporzionale al valore dell'affidamento, tenuto conto del luogo di esecuzione e dell'oggetto dell'appalto"*. Rilevava, inoltre, che al riguardo nella determinazione a contrarre del Responsabile del Servizio Lavori Pubblici del Comune la scelta di imporre una limitazione territoriale delle imprese invitate non era stata particolarmente motivata.

Ha infine segnalato che in ogni caso il MIT nel suo parere ha rappresentato che: *"In conclusione, la stazione appaltante dovrà individuare anche un numero di invitati con sede al di fuori del territorio di competenza, tenendo conto sia delle dimensioni che della rilevanza del mercato di riferimento del medesimo territorio, nonché dell'oggetto dell'appalto"*.

Stante quanto sopra rappresentato l'Osservatorio ha chiesto il parere di questa Autorità sulla questione

Considerato in diritto

Il d.l. 16 luglio 2020 n. 76, decreto semplificazioni, ha introdotto in via transitoria una nuova disciplina "semplificata" degli affidamenti pubblici di lavori, servizi e forniture. Le procedure in deroga, come indicato all'art. 1 della norma, trovano il loro fondamento nella necessità e urgenza *di incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici, nonché al fine di far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale del COVID-19*. A tal fine, per gli appalti la cui determina a contrarre – o altro atto equivalente di avvio del procedimento – sia stato adottato entro il 30 giugno 2023, è possibile ricorrere a procedure di affidamento "semplificate" come esplicitate ai successivi articoli della norma medesima.



In particolare per gli appalti di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e fino alla soglia comunitaria, come esplicitato all'art. 1 comma 2 b) della norma, si è inteso favorire la procedura negoziata senza bando la cui "snellezza" procedurale consente di affidare celermente gli appalti e ridurre gli adempimenti amministrativi a carico delle piccole e medie imprese che maggiormente hanno sofferto dal punto di vista lavorativo per l'emergenza sanitaria.

La norma specifica che l'invito degli operatori alla procedura negoziata deve avvenire *nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, che tenga conto anche di una diversa dislocazione territoriale delle imprese invitate.*

L'Autorità al riguardo ha già al tempo segnalato¹ che *"Quest'ultima previsione desta qualche perplessità, in quanto non precisa su che base, regionale, provinciale o altro, vada considerata la diversa dislocazione territoriale, e sembra dunque destinata a causare disomogeneità in fase applicativa, inoltre, introducendo limitazioni di tipo territoriale, rischia di essere produttiva di quegli stessi effetti discriminatori ratione loci che - con consolidato orientamento - la giurisprudenza (e la stessa Autorità) censurano in quanto lesivi dei principi di uguaglianza, non discriminazione, parità di trattamento e concorrenza. Si suggerisce, pertanto, di rivalutare l'attuale formulazione, al fine di maggiore chiarezza. **Alla procedura negoziata delineata dalla disciplina in deroga rimangono applicabili, come anche all'affidamento diretto, le Linee Guida n.4, che, in coerenza con i principi richiamati dal comma 1 dell'art. 36 del Codice, compiutamente disciplinano tutta la sequenza procedimentale, dalla fase di interlocuzione con il mercato per la selezione degli operatori economici da invitare (svolgimento di indagini di mercato o consultazione di elenchi) alla stipulazione del contratto.**"*

Pur non essendo stata fornita dal legislatore alcuna precisazione in merito al criterio della *diversa dislocazione territoriale*, rimane fermo che l'applicazione del medesimo criterio non deve comunque contravvenire ai principi comunitari per l'affidamento degli appalti pubblici come enunciati all'articolo 30 del codice e, dunque, non deve essere discriminante per gli operatori economici né condurre ad improprie restrizioni per la concorrenza.

Le criticità legate all'applicazione della norma sono state evidenziate anche dagli operatori del settore, i quali hanno osservato (tra l'altro) che il criterio della "diversa dislocazione territoriale" delle imprese invitate «...risponderebbe alle esigenze emergenziali dettate dall'art. 1 del D.L. semplificazioni, facilitandone gli obiettivi, in ragione degli effetti positivi che la selezione degli operatori economici in ambito territoriale produrrebbe sul tessuto imprenditoriale locale con ricadute economiche positive e conseguente rilancio dell'economia del territorio, sulle misure di contenimento dell'emergenza sanitaria riducendo gli spostamenti, sulle difficoltà logistiche ed organizzative (che incontrerebbero soprattutto le PMI nell'organizzazione d'impresa a distanza) sui costi di organizzazione dell'Impresa, sulla valorizzazione della "filiera corta" in osservanza ai principi di cui all'art. 18 della Direttiva 24/2014, relativamente all'integrazione degli aspetti ambientali negli appalti... Nell'attuale contesto normativo la stazione appaltante potrà, quindi, delimitare l'ambito territoriale, in base alla sede legale e/o operativa dell'impresa, da valutarsi in maniera proporzionale al valore dell'appalto tenuto conto del luogo di esecuzione del contratto d'appalto...» (Itaca, Linee di indirizzo sul d.l. semplificazioni).

¹ Audizione del Presidente dell'ANAC, Prof. Francesco Merloni, alle Commissioni riunite 8^a Lavori pubblici, comunicazioni e Affari costituzionali del Senato della Repubblica.



È stato aggiunto a quanto sopra che il criterio in esame «attribuisce alle stazioni appaltanti il non agevole compito di individuare il giusto equilibrio nella modalità di diversificazione territoriale che dovrà garantire il rispetto del principio comunitario di non discriminazione ...» (Fondazione IFEL ANCI – Prime indicazioni operative sul d.l. semplificazioni).

Le difficoltà applicative dell'art. 1, comma 2, lett. b) del d.l. semplificazioni, con riguardo alla "diversa dislocazione territoriale delle imprese da invitare", sono state rappresentate oltre che dagli operatori del settore anche dal MIMS, il quale è intervenuto sull'argomento con parere n. 790/2020.

In tale parere il Ministero ha quindi chiarito, in primo luogo, che «il criterio in esame è volto a selezionare le imprese da invitare, al fine di attenuare la discrezionalità della stazione appaltante nella scelta degli operatori economici da invitare e, al contempo, al fine di favorire una ripresa economica del mercato. Si tratta, infatti, di una norma a carattere derogatorio la cui applicazione è limitata a un periodo temporale circoscritto (...). Tenuto conto delle predette finalità se, da un lato, soprattutto nei lavori, nell'utilizzo di tale criterio può venire in rilievo anche la distanza dalla sede legale o operativa dell'impresa rispetto al luogo di esecuzione, nonché l'esigenza di limitare gli spostamenti nel periodo emergenziale, dall'altro, occorre ricordare che il d.l. semplificazioni è finalizzato a rilanciare l'economia e ad accelerare gli investimenti, nell'attuale periodo congiunturale. Conseguentemente si ritiene che il criterio in esame non possa essere strumentalmente utilizzato al solo fine di favorire le imprese del territorio».

Pertanto, come ulteriormente chiarito dal MIMS «la stazione appaltante, motivando e nel rispetto della trasparenza, potrà delimitare l'ambito territoriale degli operatori da invitare in base alla sede legale e/o operativa dell'impresa, da valutarsi in maniera proporzionale al valore dell'affidamento, tenuto conto del luogo di esecuzione e dell'oggetto dell'appalto. Si ricorda, tuttavia, che al contempo la stazione appaltante dovrà evitare la concentrazione territoriale degli inviti, che potrebbe dar luogo ad una chiusura del mercato, in contrasto con i principi comunitari di parità di trattamento e di non discriminazione richiamati dallo stesso disposto di cui all'art. 1 del d.l. 76/2020, i quali vietano ogni discriminazione dei concorrenti in base all'elemento territoriale. In conclusione la stazione appaltante dovrà individuare anche un numero di invitati con sede al di fuori del territorio di competenza, tenendo conto sia delle dimensioni che della rilevanza del mercato di riferimento del medesimo territorio, nonché dell'oggetto dell'appalto».

Il criterio della «diversa dislocazione territoriale delle imprese», introdotto dal d.l. semplificazioni, pertanto, se da un lato consente alla stazione appaltante – motivando – di delimitare l'ambito territoriale degli operatori da invitare in base alla sede legale e/o operativa dell'impresa, in maniera proporzionale al valore dell'affidamento e tenuto conto del luogo di esecuzione e dell'oggetto dell'appalto, dall'altro, non può essere inteso come possibilità di riservare l'appalto alle sole aziende operanti nel territorio di riferimento, in violazione dei principi comunitari di parità di trattamento e di non discriminazione.

La stazione appaltante nelle proprie note di risposta all'osservatorio ha rilevato di aver selezionato gli operatori economici da invitare *"estendendo la selezione agli operatori economici con sede legale nel territorio della Città Metropolitana di Bari - perimetro ritenuto sufficientemente ampio rispetto al luogo oggetto dei lavori - e dunque certamente rispettoso della «diversa dislocazione territoriale delle imprese invitate», locuzione della norma dello Stato che lascia evidenti margini di discrezionalità alla Stazione appaltante nella scelta dell'estensione del perimetro territoriale entro cui circoscrivere gli inviti"*.

Si considera al riguardo che la discrezionalità della stazione appaltante, come noto, attiene alla facoltà della stessa di valutare e compiere scelte, nel rispetto delle norme giuridiche, in merito al modo migliore di realizzare l'interesse pubblico.



La scelta della stazione appaltante di circoscrivere gli inviti all'area metropolitana di Bari deve dunque derivare da valutazioni di opportunità e pubblica convenienza che, per il principio di buon andamento della P.A. nonché in ossequio ai principi di trasparenza peraltro specificatamente richiamati dalla norma in esame, devono chiaramente essere espressi nella determina a contrarre², valutazioni che non si evincono dalla lettura degli atti dell'Amministrazione come trasmessi dall'Osservatorio.

Si osserva inoltre che l'invito è stato rivolto alle sole ditte aventi "sede legale" nella città metropolitana e non anche a quelle aventi sede operativa nella stessa.

Al riguardo si rileva che se la limitazione territoriale operata dalla stazione appaltante, in conformità alla *ratio* della norma, è rivolta al contenimento degli spostamenti, ovvero anche all'immediata operatività dell'operatore economico, parrebbe maggiormente conferente rivolgersi ad operatori dotati di una sede operativa presente sul territorio delimitato a prescindere dal fatto che la sede legale sia collocata altrove.

Stante quanto sopra considerato si rileva in definitiva che la scelta di limitare la partecipazione alla procedura negoziata ai soli operatori dell'area metropolitana è riferibile ad una scelta discrezionale della Pubblica Amministrazione; tale scelta tuttavia, in base ai principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa sanciti dall'art. 97 Cost., deve essere ragionevolmente motivata, ed altresì, in ossequio al principio di massima trasparenza, la stessa motivazione deve essere adeguatamente esplicitata nella determina a contrarre dell'Amministrazione.

Pare opportuno infine osservare quanto già rilevato dall'Autorità ovvero che *alla procedura negoziata delineata dalla disciplina in deroga rimangono applicabili, come anche all'affidamento diretto, le Linee Guida n. 4, che, in coerenza con i principi richiamati dal comma 1 dell'art. 36 del Codice, compiutamente disciplinano tutta la sequenza procedimentale, dalla fase di interlocuzione con il mercato per la selezione degli operatori economici da invitare (svolgimento di indagini di mercato o consultazione di elenchi) alla stipulazione del contratto.*"

Una preliminare indagine di mercato, effettuata dall'Amministrazione in base alle proprie specifiche esigenze, avrebbe potuto consentire di acquisire la manifestazione di interesse di tutti gli operatori economici che ritenevano conveniente partecipare all'appalto, con una successiva selezione dei concorrenti maggiormente rispettosa del principio di non discriminazione; tale principio, si ricorda, deve essere in ogni caso garantito pure in vigenza dell'attuale disciplina derogatoria del codice dei contratti.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Atto firmato digitalmente

² Una valutazione del perimetro territoriale potrebbe ad esempio conseguire ad una stima dei costi - di trasferta, organizzativi, ecc- sostenuti da un appaltatore proveniente da altra Provincia o Regione che, parametrati al valore economico e alla durata dell'appalto, manifesterebbero la eventuale "non convenienza" ad operare nel territorio oggetto dell'appalto.